

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

A.I. 255

Radicado: 17-001-23-33-000-2020-00313-00
Naturaleza: Conciliación Prejudicial
Convocante: Jorge Andrés González Rojas
Convocado: Empresa Social del Estado Salud Dorada, en adelante E.S.E. Salud Dorada

I. ASUNTO.

Se decide sobre la aprobación del acuerdo conciliatorio prejudicial a que arribaron Jorge Andrés González Rojas y la E.S.E. Salud Dorada.

II. ANTECEDENTES.

2.1. La solicitud de conciliación.

El señor Jorge Andrés González Rojas, presentó solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría Judicial para Asuntos Administrativos el 14 de julio de 2020, con citación de la E.S.E. Salud Dorada, con la finalidad de llegar a un acuerdo sobre el pago de las prestaciones sociales que consideró le eran adeudadas con ocasión de la relación laboral sostenida entre el 03 de febrero de 2015 y el 31 de julio de 2018, al igual que la cancelación de los aportes al Sistema General de Seguridad Social y el pago de la sanción moratoria por el no pago de cesantías.

2.2. Hechos.

El señor Jorge Andrés González Rojas fue nombrado provisionalmente en el cargo de Director de Prestación de Servicios Asistenciales, código 009, grado 02, según Resolución 015 de 03 de febrero de 2015, de la E.S.E. Salud Dorada, con una asignación mensual de \$2.659.452, siendo posesionado en el cargo mediante Acta 09 de 2015.

Durante la referida relación laboral que se sostuvo hasta el 31 de julio de 2018, al actor no le fueron pagados en forma completa los salarios y demás prestaciones sociales y salariales a que tenía derecho -cesantías, intereses a las cesantías, bonificación por

servicios, prima de servicios, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad- así como tampoco fueron cancelados los aportes al Sistema General de Seguridad Social.

El señor González Rojas el 12 de junio de 2019, reclamó a la E.S.E. Salud Dorada para el reconocimiento y pago de los salarios, prestaciones sociales legales y extralegales, bonificaciones legales y extralegales adeudadas hasta el momento de su desvinculación.

Mediante Resolución 105 de 05 de noviembre de 2019, la E.S.E. Salud Dorada dispuso reconocer y pagar los conceptos correspondientes a la liquidación de prestaciones sociales adeudadas por el tiempo transcurrido entre el 03 de febrero de 2015 y hasta el 31 de julio de 2018, por la suma de \$54.878.797.

El 21 de noviembre de 2019, el señor González Rojas interpuso recurso de reposición solicitando se modifique y adicione la Resolución 105 de 05 de noviembre de 2019, expresando que la misma no es contentiva de todos los pagos adeudados con ocasión de su desempeño como Subgerente de Prestación de Servicios.

A través de la Resolución 111 de 16 de diciembre de 2019, notificada el 24 del mismo mes y año, la E.S.E. Salud Dorada resolvió el recurso de reposición incoado, confirmando en su integridad la Resolución 105 de 05 de noviembre de 2019.

2.3. Acuerdo conciliatorio.

La Procuraduría 28 Judicial II para Asuntos Administrativos celebró la correspondiente audiencia de conciliación el 3 de diciembre de 2020¹, arribando a un acuerdo conciliatorio en el siguiente sentido:

“(…) “Frente a la propuesta formulada por la E.S.E Salud Dorada, esta apoderada judicial, una vez consultado al señor Jorge Andrés convocante dentro del presente asunto, considera pertinente aceptar la fórmula número dos (2) planteada por el Comité Conciliación que contiene: “2) Realizar el pago de los SESENTA MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL CINCUENTA Y OCHO PESOS (\$60.442.058) MCTE, en tres (3) meses, es decir, en tres cuotas cada una de VEINTE MILLONES CIENTO CUARENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS (\$20.147.353) MCTE, pagaderos en la vigencia 2021, una vez sea aprobada el acta de conciliación” Así las cosas, esta apoderada judicial, acepta la fórmula planteada del pago en 3 cuotas, a partir de la aprobación judicial”.

¹ Audiencia suspendida los días 3 de septiembre y 25 de noviembre de 2020.

III. CONSIDERACIONES.

3.1. Requisitos para la aprobación de acuerdos conciliatorios celebrados por entidades públicas.

Corresponde a este Tribunal al tenor del artículo 24 de la Ley 640 de 2001 resolver sobre la aprobación o improbación de la Conciliación Extrajudicial lograda por las partes ante la Procuraduría 28 Judicial II para asuntos Administrativos, por lo que se procederá al análisis del acuerdo al que arribaron el señor Jorge Andrés González Rojas y la E.S.E. Salud Dorada.

El artículo 59 de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 70 de la Ley 446 de 1998, establece que las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, pueden conciliar, total o parcialmente en las etapas prejudicial o judicial, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través de las acciones previstas en los artículos 138, 140 y 141 del CPACA.

Tal como se ha reiterado jurisprudencialmente por parte del H. Consejo de Estado², para la aprobación del acuerdo conciliatorio por esta jurisdicción, se requiere:

“(...) la Jurisprudencia reiterada de la Sección Tercera del Consejo de Estado³ ha señalado que el juez, para aprobar una conciliación judicial, debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- 1.- Que no haya operado el fenómeno jurídico procesal de la caducidad de la acción (artículo 61 de la Ley 23 de 1.991, modificado por el artículo 81 de la Ley 446 de 1.998);*
- 2.- Que el acuerdo conciliatorio verse sobre acciones o derechos económicos disponibles por las partes (artículos 59 de la Ley 23 de 1991 y 70 de la Ley 446 de 1.998);*
- 3.- Que las partes estén debidamente representadas y que tales representantes tengan capacidad para conciliar.*
- 4.- Que el acuerdo conciliatorio cuente con las pruebas necesarias, no sea violatorio de la Ley o no resulte lesivo para el patrimonio público (artículo 65A de la Ley 23 de 1.991 y artículo 73 de la Ley 446 de 1998)...”.*

² Sección Tercera, Subsección “A”, proveído de catorce (14) de agosto de dos mil trece (2013), C.P. Mauricio Fajardo Gómez, Radicación número: 20001-23-31-000-2009-00199-01(41834).

³ **Cita de cita:** Entre muchas otras decisiones pueden consultarse las siguientes: auto de 10 de abril de 2008, exp. 34.252; de 4 de septiembre de 2008, exps. 34.228 y 33.367.

Sobre el origen legal y la razón de ser del mecanismo alternativo de solución de conflictos correspondiente a la conciliación, bien extrajudicial o judicial, ha sostenido igualmente el Consejo de Estado⁴:

“La Conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos, fue introducida en nuestra legislación por la Ley 23 de 1991, modificada por la Ley 446 de 1998 y desarrollada por la Ley 640 de 2001. De acuerdo con esas normas sólo es procedente en los conflictos contencioso administrativos de carácter particular y contenido económico, es decir, en aquellos que se tramiten en ejercicio de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A.

De conformidad con el tratamiento legal dado por nuestra legislación, artículo 64 de la Ley 446 de 1998, la conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador. A continuación, el artículo 65 señala que serán conciliables todos los asuntos susceptibles de ser transigidos y aquellos que expresamente determine la ley. En términos similares el artículo 19 de la Ley 640 de 2001 prevé que se podrán conciliar todas las materias susceptibles de transacción, desistimiento y conciliación ante los conciliadores de los centros de conciliación; los servidores públicos facultados para conciliar y ante los notarios.

La solución del conflicto a través de este mecanismo tiene como fundamento el ejercicio de la autonomía de la voluntad, pues las partes determinan el alcance de la conciliación, solucionan sus diferencias, y buscan por este medio la extinción de la obligación. Sin embargo, el artículo 73 de la Ley 446 de 1998 señala que en materia contenciosa, la autoridad judicial improbará el acuerdo cuando no se hayan presentado las pruebas necesarias para sustentarlo, sea violatorio de la ley o resulte lesivo para el patrimonio público.

Se insiste en que tratándose de conciliaciones judiciales, el juzgador deberá determinar la correspondencia entre la materia litigiosa, que no es otra cosa que el objeto y alcance de las pretensiones procesales con el acuerdo logrado entre las partes que procura la solución del conflicto, pues aún bajo estas circunstancias debe existir correspondencia entre lo que se ha pedido y lo aprobado por el juzgador, de manera que se esté dentro de los previsiones del artículo 305 del C. de P.C.

Así, en primer término el juzgador verificará los requisitos de forma y a continuación comprobará que las pruebas aportadas sean suficientes y soporten las bases del acuerdo logrado, al punto que originen en el juez certeza sobre los extremos de la conciliación y la existencia de una obligación insatisfecha a cargo de una de las partes.

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de fecha diciembre 9 de 2004. Rad. 25000 – 23 – 26 – 000 – 2002 – 1216 – 01 (27921).

Además, al juez contencioso le corresponde observar las limitaciones previstas en la norma, pues la aprobación de la conciliación está sujeta a razones legales o jurídicas, de oportunidad y no lesividad para una debida protección del patrimonio público.

De este modo, al juzgador no solo le corresponde decidir si ésta produce o no efectos por reunir los requisitos legales (solicitud oportuna, capacidad, competencia, requisitos de forma), sino que le asiste el deber de protección del patrimonio público; por ello debe ejercer su función con mayor celo, puesto que aparecen comprometidos intereses públicos, de modo que el juzgador deberá velar porque la conciliación lograda no sea violatoria de la ley, ni resulte lesiva para los intereses patrimoniales del Estado y que las pruebas aportadas soporten el acuerdo logrado entre las partes. (...)" (Se subraya)

Bajo los parámetros expuestos, procede esta Sala a revisar la legalidad de lo conciliado para determinar si es procedente aprobarlo.

3.1.1. Que no haya operado el fenómeno de la caducidad

Como se advirtió en auto del 08 de julio anterior, por medio de cual se repuso la decisión previamente adoptada sobre la configuración del fenómeno de caducidad en el presente asunto, los términos para la interposición del medio de control de nulidad y restablecimiento en el presente asunto trascurrieron así:

Actuación	Fecha	Tiempo Trascurrido
Notificación del acto definitivo demandado	24/12/2019	
Suspensión de términos de caducidad y prescripción por emergencia sanitaria COVID-19. -Decreto 546 de 2020-	16/03/2020	2 meses, 20 días.
Reanudación cómputo de términos de caducidad y prescripción. -Acuerdo PCSJA20-11567 del 05 de junio de 2020-	1/07/2020	
Radicación de la solicitud de conciliación prejudicial.	14/07/2020	3 meses, 3 días.
Culminación del lapso de 5 meses de suspensión del término de caducidad con ocasión del trámite de conciliación ⁵ .	14/12/2020	
Celebración del acuerdo conciliatorio entre Jorge Andrés González Rojas y la E.S.E. Salud Dorada.	03/12/2020	

En tal sentido, el presente asunto no ha operado el fenómeno de caducidad.

⁵ Lapso ampliado de 3 a 5 meses por el según lo dispuesto por el artículo 9 del Decreto 491 de 2020, durante la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional en razón de la pandemia mundial "Covid-19".

3.1.2. Debida representación de las partes.

Según se observa a folio 2 del archivo "02Demanda" obrante en el expediente digital contentivo del presente trámite, el señor Jorge Andrés González Rojas otorgó poder amplio y suficiente a la apoderada Luis Fernanda Giraldo Rojas para conciliar las pretensiones económicas perseguidas por dicho poderdante, apoderada que posteriormente efectuó sustitución al poder a la profesional Sandra Carolina Hoyos Guzmán (fl. 2, archivo "26SustituciónPoder") quien finalmente representó los intereses de la parte actora en la audiencia celebrada ante la Procuraduría 28 Judicial para Asuntos Administrativos.

Por su parte, la E.S.E. Salud Dorada fue representada en el trámite conciliatorio por la abogada Eliana Yineth Pineda Borbón en atención al poder especial que le fue conferido para el efecto por parte del representante legal de dicha entidad (fl. 80, archivo "02Demanda"), y el acuerdo conciliatorio planteado por dicha profesional y que fuere aceptado por la parte convocante atiende puntualmente a lo señalada en el acta del comité de conciliación de la entidad datada 30 de noviembre de 2020 (fls. 53-53, archivo "02Demanda").

En este orden de ideas, se vislumbra la debida representación de las partes en el trámite conciliatorio que culminó con el acuerdo que es objeto de análisis por parte de esta Corporación, por lo que se pasará a analizar los demás tópicos para su aprobación.

3.1.3. Disponibilidad de los derechos económicos objeto de conciliación.

Al respecto, el H. Consejo de Estado en providencia del 14 de junio de 2012⁶, señaló:

(...) Ahora bien en el campo del derecho administrativo laboral, la Constitución Política establece la facultad de conciliación únicamente sobre derechos inciertos y discutibles, así como la irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social y de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales (arts. 48 y 53 de la CP).

De lo anterior se concluye que la conciliación en derecho administrativo laboral puede versar sobre los efectos económicos de un acto administrativo de carácter particular sujeto de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuando:

i) Se trate de derechos inciertos y discutibles.

⁶ Sala de lo contencioso Administrativo, Sección segunda, C.P. Gerardo Arenas Monsalve Radicación número: 25000-23-25-000-2008-01016-01(1037-11) C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

ii) Sean asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley.

iii) Se respete la irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social y a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales" (...)

En el presente asunto la parte convocante requirió a la E.S.E. Salud Dorada con el fin de arribar a un acuerdo conciliatorio respecto al pago de unas prestaciones salariales y sociales que consideró le eran adeudadas, así como las correspondientes sanciones que arguye se causaron por el no pago oportuno de dichos créditos laborales e igualmente por el no pago de los respectivos aportes a seguridad social, riesgos laborales y demás parafiscales.

Sobre el particular debe señalarse que, el acuerdo conciliatorio al que arribaron las partes se limitó a determinar el pago de una suma de \$60.442.058 a efectuarse directamente al señor Jorge Andrés González Rojas por concepto de las prestaciones sociales y salariales reclamadas por dicho convocante; sin embargo, en dicho pacto no se llegó a ningún tipo de acuerdo con respecto a los pagos correspondientes a los aportes a seguridad social que debían ser cancelados con ocasión de la relación laboral, aportes respecto de los cuales -se resalta- se hayan incluidos los aportes pensionales, cotizaciones que por su relación directa con el derecho pensional del beneficiario han sido catalogados por la Jurisprudencia como ciertos, indiscutibles, irrenunciables e incluso imprescriptibles, en efecto dicha corporación señaló⁷:

*"...las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social también están exceptuados de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA), y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración «no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo. Consecuentemente, tampoco es exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) **derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables...**"*

En este orden de ideas, advierte esta colegiatura que la partes no contaban con la facultad de arribar a un acuerdo conciliatorio, que no cubriera como mínimo las

⁷ Sala de lo contencioso Administrativo, Sección segunda – Subsección A, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicado: 25000234200020130411701 (2813-16).

reclamaciones efectuadas por el convocante con respecto al pago de los aportes respectivos al sistema de seguridad social pensional con destino al respectivo fondo de pensiones, por tratarse ello de un derecho cierto e indiscutible y por tanto no conciliable.

Así mismo, cabe señalar que de las sumas cuyo pago fue acordado en favor del convocante tampoco se efectúa ningún tipo de manifestación con respecto a la carga que igualmente asiste al trabajador de efectuar aportes al sistema pensional sobre tales rubros, situación que tampoco puede quedar a disposición de las partes de la relación laboral.

Así las cosas, mal podría por esta Sala impartirse aprobación a un acuerdo conciliatorio que parte de la existencia de la relación laboral entre las partes, y reconoce la aceptación de que con base en ella se adeudan salarios y prestaciones al empleado, empero que se abstiene de disponer lo referente al pago de los aportes pensionales que dichos pagos laborales conllevan, aunado a que, como se discurrirá en el acápite subsiguiente su no pago -al igual que el no pago de las demás aportes en salud y prestaciones parafiscales- resulta lesivo del patrimonio público.

3.1.4. Que el acuerdo cuente con las pruebas necesarias que den soporte a lo conciliado.

Con su solicitud de conciliación la parte convocante presentó -entre otros- los siguientes medios probatorios:

- Resolución No. 015 de 03 de febrero de 2015 por medio de la cual se nombró al señor Jorge Andrés González Rojas, como director de prestación de servicios asistenciales, código 009, grado 02, de la E.S.E. Salud Dorada y acta de posesión No. 09 de 2015 (fls. 20, 26-27, archivo "02Demanda").
- Resolución No. 60 de 31 de julio de 2018 que declaró insubsistente el nombramiento del señor Jorge Andrés González Rojas del cargo que ocupaba (fl. 25, archivo "02Demanda").
- Resolución No. 105 de 05 de noviembre de 2019 -confirmada vía recurso de reposición a través de resolución No. 111 de 16 de diciembre de 2019-, por medio de la cual la E.S.E. Salud Dorada advierte la existencia de valores adeudados en favor del señor Jorge Andrés González Rojas por concepto de salarios y prestaciones en cuantía de \$54.878.797, advirtiendo que la cancelación de dicho valor sería efectuado de conformidad a un acuerdo en que el convocante permita o facilite dicho pago a la entidad, dadas las dificultades económicas que impiden su pago (fls. 36-43 y 49-52, archivo "02Demanda").

De las pruebas aportadas por la parte convocante concluye esta Corporación que, si bien se acreditó la existencia de la relación laboral e incluso la entidad convocada manifestó en los actos administrativos aportadas la existencia de créditos laborales insolutos en favor del actor, resulta necesario destacar que, la suma que fue liquidada en dichos actos asciende a \$54.878.797, sin que en los demás documentos aportados o en las actas del comité de conciliación se justifique por modo alguno las razones por las cuales se acuerda el pago al demandante de un valor \$60.442.058, pues ni siquiera se aporta la liquidación que permita identificar el fundamento de dicha suma.

En tal sentido, para la Sala no se aportaron las pruebas que den soporte suficiente a la existencia de las sumas objeto de conciliación.

3.1.5. Que el acuerdo no sea violatorio de la ley o no resulte lesivo para el patrimonio público.

En cuanto al requisito referente a que el acuerdo conciliatorio no transgreda el ordenamiento jurídico o sea lesivo para el patrimonio público, resulta necesario destacar -como se había advertido líneas atrás- que esta Corporación observa que dicha exigencia no se halla satisfecha, pues como la propia parte convocante lo señaló en su escrito de solicitud de audiencia de conciliación, entre las partes existe una discusión referente al pago de los aportes a seguridad social en salud y pensiones, así como el pago de las demás contribuciones parafiscales derivadas de la relación laboral sostenida entre el señor Jorge Andrés González Rojas y la E.S.E. Salud Dorada entre 2015 y 2018, los cuales se aduce por el demandante no fueron cancelados por la entidad convocada.

En tal sentido, para la Sala el acuerdo conciliatorio traído a control de esta Corporación resulta lesivo del patrimonio público al pretender que únicamente se efectúen directamente al convocante los pagos por concepto de salarios y prestaciones que se aducen a él adeudados, sin que se proponga por modo alguno la cancelación de los dineros que debieron ser aportados al sistema general de seguridad social, no solo por la entidad empleadora, sino también respecto de los que debieron ser descontados al empleado con destino al sistema, situación respecto de la cual no se advierte en el acuerdo analizado la realización de ningún pago o descuento por tales conceptos.

Corolario, para la Sala impartir aprobación al acuerdo celebrado entre el señor Jorge Andrés González Rojas y la E.S.E. Salud Dorada en el cual se pretende únicamente pagar a dicho convocante los salarios y prestaciones adeudadas sin que se efectúen los correspondientes aportes al sistema general de seguridad social, trasgrediría el ordenamiento jurídico al permitir que a su libre arbitrio dichas partes decidan no pagar los valores que por tales créditos laborales debieron ser objeto de aportes parafiscales, obligaciones que se itera, recaen en cabeza tanto del empleado como del empleador, trasgresión del ordenamiento jurídico que se materializa por demás en un claro desmedro de los recursos del sistema de seguridad social.

3.2. Conclusiones respecto de la aprobación o improbación del acuerdo conciliatorio.

Corolario de lo expuesto en precedencia para la Sala el acuerdo conciliatorio entre Jorge Andrés González Rojas y la E.S.E. Salud Dorada, no cumple los requisitos señalados por la jurisprudencia de esta jurisdicción para ser aprobado, por lo que debe ser complementado, pues como se señaló, este no cuenta con los elementos probatorios suficientes que den bases a los valores cuyo pago se acordó -específicamente el por qué la suma acordada difiere de la reconocida en los actos administrativos aportados-, aunado a que al abstenerse de formular solución a la controversia planteada respecto del pago de los aportes al sistema general de seguridad social las partes no solo disponen sobre derechos no conciliables -aportes en pensiones- sino que además incumplen con las obligaciones legales que les atañe sobre el pago de dichas contribuciones parafiscales afectando así los recursos públicos del sistema de seguridad social.

Ahora bien, para esta Colegiatura resulta necesario destacar que el acuerdo conciliatorio que se imprueba -por las omisiones ya advertidas- a través de este proveído versa sobre el pago de créditos laborales cuya existencia fue reconocida por la entidad convocada, razón por la cual en atención a la especial protección constitucional que debe ser otorgada al trabajador a luces del artículo 53 de la Constitución Nacional, se torna necesario garantizar que el señor Jorge Andrés González Rojas cuente con la posibilidad de lograr la cancelación de dichos rubros, razón por la cual se concederá a la parte convocante el término de 15 días, para que formule nuevamente su solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría Judicial respectiva, para lo cual, de presentarse la referida solicitud en dicho lapso, no podrá computarse para efectos de caducidad o prescripción el término transcurrido entre la solicitud inicial de la conciliación que aquí se estudia y la finalización del trámite conciliatorio que sea radicado.

Igualmente, se exhortará a la Procuraduría General de la Nación para que de trámite a la nueva conciliación prejudicial garantizando que las partes arriben a un acuerdo expreso en el cual se corrijan los yerros advertidos, en el que se indique lo referente a los aportes a seguridad social que corresponde a cada parte, y se exponga con claridad los ítems que son conciliados y los respectivos valores.

Por lo discernido la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

PRIMERO: NO APROBAR el acuerdo conciliatorio celebrado entre el señor Jorge Andrés González Rojas y la E.S.E. Salud Dorada, el 03 de diciembre de 2020 ante la Procuraduría 28 Judicial II para Asuntos Administrativos.

SEGUNDO: OTORGAR a la parte actora el término de 15 para que radique una nueva solicitud de conciliación en los términos señalados en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: EXHORTAR a la Procuraduría General de la Nación para que de trámite a la nueva conciliación prejudicial garantizando que las partes arriben a un acuerdo que atienda a los parámetros señalados en este auto.

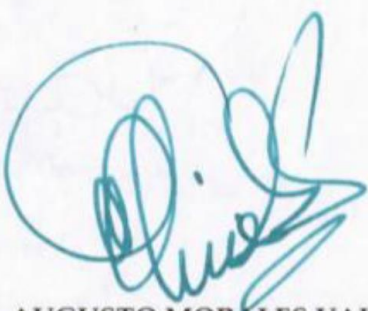
CUARTO: En firme esta providencia, **ARCHÍVENSE** las diligencias, previa anotación en el Programa de Gestión "*Justicia Siglo XXI*".

NOTIFÍQUESE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 056 de 2021.

NOTIFICAR


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente


AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado


AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADA SUSTANCIADORA: PATRICIA VARELA CIFUENTES

Manizales, veintinueve (29) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Se procede a fijar fecha para la audiencia inicial de conformidad con el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011¹; en consecuencia, se convoca a la referida diligencia el día **JUEVES ONCE (11) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL VEINTIUNO (2.021) A LAS DIEZ DE LA MAÑANA (10:00 a.m.)**, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovió el señor **HÉCTOR MAURICIO CASTAÑO BERNAL** contra el **SENA**, radicado número **17001-23-33-000-2017-00388-00**.

Advierte este Despacho que dicha audiencia se realizará mediante la plataforma LifeSize, y que, en caso que requieran allegar algún memorial como sustituciones, renunciadas de poderes u otros documentos para que sean tenidos en cuenta en la audiencia, se sirvan remitirlos previamente **a más tardar el día anterior a la celebración de la misma, únicamente al correo tadmin02cld@notificacionesrj.gov.co, y se deja presente que cualquier documento enviado a una dirección diferente a la mencionada, se entenderá por no presentado.**

De igual manera, se allega en esta providencia el enlace para el ingreso a la audiencia inicial que se convoca, el cual corresponde a la conexión mediante plataforma Lifesize:

<https://call.lifesizecloud.com/11144556>

Se recomienda a las partes, e intervinientes que antes de ingresar a la plataforma de Lifesize verifiquen su conexión a internet, así como el correcto funcionamiento de la cámara y el micrófono del dispositivo a través del cual ingresarán a la audiencia virtual convocada.

Se reconoce personería para actuar como apoderado del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, al abogado Andrés Mauricio López Rivera, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.060.646.698 y Tarjeta Profesional No. 197.356 del C. S.

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

de la J., conformidad con el poder a él conferido y que obra a folio 99 del cuaderno
1.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

Patricia Varela Cifuentes

Magistrado

Oral 002

Tribunal Administrativo De Manizales - Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez
jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario
2364/12

Código de verificación:

8e4d6f8a61da4f044b5d4d20970a3e097ce5f019d8e73d84a2919262fce03ed4

Documento generado en 29/10/2021 09:37:23 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

DESPACHO 002

MAGISTRADA PONENTE: PATRICIA VARELA CIFUENTES

Manizales, veintinueve (29) de octubre de 2021

MEDIO DE CONTROL	PROTECCIÓN DE INTERESES Y DERECHOS COLECTIVOS
ACCIONANTE	ENRIQUE ARBELÁEZ MUTIS
ACCIONADA	MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN Y DE LAS TELECOMUNICACIONES.
VINCULADOS:	INMACULADA F.M. ESTÉREO- ANSERMA CULTURAL ESTÉREO -PAISAJE ESTEREO 90.1 -MIRADOR ESTÉREO – DORADA ESTÉREO – EMISORA COMUNITARIA DE LA MERCED – MANZANARES ESTÉREO 104.1 – SUPERTESTACIÓN 93.1 – ANGULAR ESTÉREO – PENSIVANIA ESTÉREO 93.1- ULTRA F.M – EMISORA COMUNITARIA DE SALAMINA – SAMANÁ ESTÉREO -EMISORA COMUNITARIA DE SAN JOSÉ – VITERBO ESTÉREO.
RADICADO	17 001 23 33 000 2017 00665
SENTENCIA	No. 75

Se dispone la Sala a proferir sentencia de **primera instancia** dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

“Que se ordene de parte del Despacho Judicial, mediante sentencia, que el Ministerio de las Comunicaciones y las Tics, ejerza el control y vigilancia que indica la constitución y las leyes, a todas las emisoras que tenga a su cargo para el control y vigilancia, es decir, que correspondan al servicio comunitario de radiodifusión sonora.

Que el control y vigilancia se ejerza mediante visitas efectivas a las emisoras.

Que las emisoras cumplan con el objeto, es decir, la función para la convivencia, construcción de ciudadanía, fortalecimiento de identidades culturales y sociales, mediante convocatorias amplias y democráticas a la comunidad y sociedad civil en general.

Ajustar los programas radiales al beneficio comunitario y el fin que debe cumplir”

HECHOS

Se dice en los hechos que sobre las emisoras comunitarias de Caldas no se ejerce ningún control por el Ministerio accionado, como lo ordena la Constitución y la ley 1341 de 2009. La Resolución 415 de 2010 dice que el servicio comunitario de radiodifusión sonora es un servicio público participativo y pluralista, orientado a satisfacer necesidades de comunicación en los municipios.

Invoca la protección a los derechos a la defensa del bien público y a la moralidad administrativa.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIONADA

El ministerio accionado intervino oportunamente a través de apoderada quien informa que en cumplimiento a la inspección vigilancia y control de los servicios de radiodifusión sonora que le ordena el artículo 60 de la ley 1341 de 2009, ha iniciado investigaciones en contra de emisoras que incumplen con sus fines. Para el efecto se apoya en una firma consultora y detecta incumplimientos a partir de las bases de datos que maneja la entidad.

Explica que a través de la Resolución No. 415 de 2010 se reglamenta el servicio de radiodifusión sonora comunitaria, sus propósitos y licenciamiento.

Ilustra que en el departamento de Caldas existen 15 emisoras de naturaleza comunitaria, a las cuales se les realizaron 19 visitas entre los años 2012 a 2014, las que dieron lugar a investigaciones en contra de emisoras que operan en los municipios de Anserma, Chinchiná, Neira, Palestina, Risaralda, Salamina, Samaná y San José.

Refiere al alcance jurisprudencial de los derechos colectivos invocados para afirmar que el Ministerio no los ha vulnerado y ha cumplido con la ley. Propuso las siguientes excepciones:

Falta de agotamiento del requisito de procedibilidad: no se presentó la reclamación ordenada en el artículo 144 del CPACA.

Improcedencia de la acción popular: el accionante no probó la violación de derechos colectivos.

AUDIENCIA DE PACTO DE CUMPLIMIENTO

Se celebró el día 7 de febrero de 2018 y se declaró fallida ante la falta de fórmula de pacto. Se ordenó la vinculación de las emisoras comunitarias de Caldas.

INTERVENCIÓN DE LOS VINCULADOS

COMITÉ DE AMIGOS POR MANZANARES – MANZANARES STEREO:

Afirma que considerando la forma antitécnica de presentación de los hechos, no es posible pronunciarse y que el Tribunal se equivocó al vincular a las emisoras pues éstas no son entes jurídicos porque las licencias o concesiones se entregan a organizaciones sociales.

Explica que no son las encargadas de la vigilancia pues ello es de resorte del Ministerio de las TICS y que no hay prueba que el Comité incumpla con sus obligaciones. Concluye manifestando que el Tribunal no es competente para conocer en primera instancia de esta acción popular.

ASOCIACIÓN DE COMUNICACIÓN JUVENTUD ESTÉREO – LA SÚPER

ESTACIÓN: Afirma que el Ministerio sí ha cumplido con sus obligaciones de control y vigilancia, pues realizó visita a la emisora el día 22 de septiembre de 2016, tal como consta en el acta No. 52313-220916.

Explica que la emisora sí cumple con los principios y valores que le atañen, según las pruebas documentales que aporta, y con el fin de servirle a la comunidad, transmite todos los sábados y domingos el programa CONTACTO COMUNITARIO en el horario de 6:30 am a 8:00 am en el cual la comunidad tiene la oportunidad de expresarse libremente, bajo la conducción de un profesional del periodismo; además que transmiten en forma gratuita las campañas que benefician a la comunidad neirana.

ASOCIACIÓN CÍVICA PRODIFUSIÓN DE LA CULTURA Y VALORES SALAMINEÑOS- EMISORA COMUNITARIA DE SALAMINA: Se opuso a las pretensiones y explica que es titular de la licencia concedida por el Ministerio de Comunicaciones a través de la Resolución No. 002706 del 9 de diciembre de 2009 al haber cumplido con los requisitos legales en la materia, siendo de propiedad de la organización comunitaria y nunca de particulares como lo afirma el accionante.

Afirma que se encuentra debidamente registrada ante la Cámara de Comercio, sus integrantes están radicados en el municipio de Salamina, la matrícula mercantil se encuentra al día y la junta de socios se reúne mensualmente.

Explica que la emisora tiene una proyección social para la comunicación efectiva de la comunidad, en especial del sector campesino y concluye que la emisora no esta causando daño alguno, y que en todo caso, el actor popular no aporta pruebas que soporten sus afirmaciones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

MINISTERIO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES: Explica que a partir de la Ley 1341 de 30 de julio de 2009, por medio de la cual se definen los principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las tecnologías de la información y las comunicaciones TIC y se crea la Agencia Nacional del Espectro, modificada por la Ley 1978 de 2019, se define en su artículo 18 las funciones del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones; y el Decreto 1414 de 25 de agosto de 2017, por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en su artículo 17 establece entre las funciones de la Dirección de Vigilancia y Control la de vigilar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de los concesionarios de los servicios de telecomunicaciones, conforme a las concesiones, contratos, licencias y autorizaciones otorgadas por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Informa que actualmente la Dirección de Vigilancia y Control tiene la vigilancia de más de 1.800 emisoras comunitarias, comerciales y de interés público, y reitera los argumentos de la respuesta a la acción popular. Concluye que según la prueba documental allegada por la entidad, ha adelantado varias investigaciones a emisoras comunitarias de Caldas, cumpliendo sus funciones constitucionales y legales.

ASOCIACIÓN DE COMUNICACIÓN JUVENTUD ESTÉREO – LA SÚPER ESTACIÓN: Intervino de manera extemporánea, según constancia secretarial en el documento 012 del expediente digital.

MINISTERIO PÚBLICO: Solicitó al Tribunal, negar las pretensiones del accionante. En su intervención refiere a la naturaleza de la acción popular y a las pruebas recaudadas, para afirmar que no hay prueba de vulneración de los derechos invocados en este medio de control puesto que *“no s evidencia que las actuaciones del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones encuadren en infracciones al ordenamiento jurídico, como tampoco que desconozcan o desvíen los principios de la función administrativa. Además, no se encuentra acreditado que las actuaciones de la entidad pública demandada se hayan alejado de los fines estatales o que no estuvieran orientadas al servicio de los intereses generales, conforme al artículo 209 superior, de modo que no concurre el supuesto de favorecimiento de intereses particulares en detrimento del interés general”*.

Menciona el concepto legal y jurisprudencial de servicio comunitario de radiodifusión sonora para concluir que la entidad accionada ha actuado dentro del marco de sus competencias legales sin que haya prueba de violación a los derechos colectivos que se invocan.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico que se plantea es si el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones ha incurrido en omisión en la inspección, vigilancia y control de las emisoras comunitarias de Caldas, y en caso afirmativo, si dicha omisión constituye vulneración a los derechos colectivos a la moralidad y a la defensa del patrimonio público.

Para resolver lo anterior, se analizará: i) el alcance de los derechos colectivos invocados; ii) el marco legal de las funciones de inspección, control y vigilancia del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones respecto de las emisoras comunitarias, iii) los hechos probados y iv) la solución al caso concreto.

Previo a ello, debe el Tribunal pronunciarse sobre la excepción de *falta de cumplimiento del requisito de procedibilidad* alegada por la apoderada del Ministerio accionado.

Como bien lo afirma, de acuerdo con el artículo 144 de la ley 1437 de 2011, constituye requisito de procedibilidad para incoar el medio de control de protección de

derechos e intereses colectivos, la solicitud previa a la autoridad para que adopte las medidas necesarias para la protección del derecho colectivo.

Revisado el expediente se observa a folio 4, copia del derecho de petición presentado por el ahora accionante al Ministerio de Tecnología de la Información y las Comunicaciones en el que entre otros asuntos, se solicitaba el control a las emisoras comunitarias a través de la Gobernación de Caldas y se indicó expresamente que con dicho oficio daba cumplimiento a lo dispuesto en la norma citada en párrafo anterior. De este modo, encuentra la Sala que el actor popular sí agotó el requisito de procedibilidad para entablar el presente medio de control.

i) El alcance de los derechos colectivos invocados:

Inicialmente precisa la Sala que este medio de control propende por la protección de los derechos e intereses de la comunidad y puede ser promovido por cualquier miembro de la colectividad a nombre de esta cuando ocurra un daño o se amenace un derecho o interés de esa naturaleza, ejerciéndose para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, vulneración o agravio, pues se trata de derechos pertenecientes a todos y cada uno de los miembros de la colectividad.

El ámbito dentro del cual debe manejarse el trámite del medio de control de defensa de derechos e intereses colectivos, es el relativo a la amenaza o vulneración de derechos colectivos, los cuales pueden ser quebrantados por actos, acciones u omisiones de la entidad pública, de un servidor o funcionario público en ejercicio de sus funciones, o de los particulares.

El artículo 88 de la Carta Política establece en su inciso primero que,

“La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella”.

Este dispositivo superior encuentra desarrollo en la Ley 472 de 1998, que señaló como objetivo, *“regular las acciones populares y las acciones de grupo de que trata el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia. Estas acciones están orientadas a garantizar la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, así como los de grupo de un número plural de personas”*; en tanto que el precepto 2º dispuso que las acciones populares *“son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses*

colectivos”; y que “se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”.

El artículo 9º del mismo ordenamiento indica a su turno que “*Las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos*”; acción que a voces del artículo 9º ibídem, “*podrá promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo*”.

Ahora bien, sobre el contenido del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el Consejo de Estado se ha pronunciado en múltiples oportunidades habiendo precisado en sentencia de unificación de la Sala Plena¹ lo que a continuación destaca la Sala:

“En efecto, sobre el papel del juez al analizar el concepto de moralidad administrativa, es importante que la determinación de su vulneración, o no, no dependa de la concepción subjetiva de quien deba decidir, sino que debe estar relacionada con la intención o propósito que influye el acto frente a la finalidad de la ley. En esa dirección y para la comprensión del motivo del actuar del funcionario, sirven como parámetros la desviación de poder; el favorecimiento de intereses particulares alejados de los principios que fundamentan la función administrativa; la inobservancia grosera, arbitraria y alejada de todo sustento legal; la conducta antijurídica o dolosa, en el entendido de que el servidor tiene la intención manifiesta y deliberada de vulnerar el mandato legal que rige su función. Se trata entonces de una concepción finalista de la función administrativa, siempre reglada y de la que siempre se espera esté al servicio del interés general y para el cumplimiento de los fines del Estado.

Tales temas son:

2.1. *La moralidad administrativa está ligada al ejercicio de la función administrativa, la cual debe cumplirse conforme al ordenamiento jurídico y de acuerdo con las finalidades propias de la función pública, ésta, determinada por la satisfacción del interés general. Ese interés general puede tener por derrotero lo que la Constitución Política enseña como fines esenciales del Estado, es decir,*

¹ C.P. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, 1º de diciembre de 2015, Rad. 11001-33-31-035-2007-00033-01(AP)

cuando quien cumple una función administrativa no tiene por finalidad servir a la comunidad o promover la prosperidad general o asegurar la convivencia pacífica y la vigencia del orden justo, sino que su actuar está dirigido por intereses privados y particulares y guiado por conductas inapropiadas, antijurídicas, corruptas o deshonestas, se puede señalar tal comportamiento como transgresor del derecho colectivo a la moralidad pública. Y es colectivo, porque en un Estado Social de Derecho administración y administrados, es decir, la comunidad en general tiene derecho a que los servidores que cumplen la función administrativa realmente lo hagan guiados por el principio de moralidad, que se repite, es conforme al ordenamiento jurídico y a las finalidades propias del cumplimiento de las funciones públicas, con total honestidad y transparencia. Así las cosas, el bien jurídico tutelado por la acción popular es la moralidad administrativa o, lo que es lo mismo, la lealtad del funcionario con los fines de la función administrativa mediante el actuar recto y honesto en el desarrollo de sus actuaciones.

2.2. Constituyen elementos esenciales para la configuración de la moralidad administrativa, desde el punto de vista de derecho colectivo amparable a través de la acción popular:

2.2.1. Elemento objetivo: Quebrantamiento del ordenamiento jurídico. Este elemento puede darse en dos manifestaciones: (i) Conexidad con el principio de legalidad y (ii) violación de los principios generales del derecho.

(i) El primero corresponde a la violación del contenido de una norma jurídica por la acción (acto o contrato) u omisión de una entidad estatal o de un particular en ejercicio de una función pública. El acatamiento del servidor público o del particular que ejerce una función pública a la ley caracteriza el recto ejercicio de la función pública.

Esta conexión "moralidad - legalidad" no ha tenido divergencia jurisprudencial al interior del Consejo de Estado. Pero también ha sido uniforme la jurisprudencia en señalar que no toda ilegalidad constituye vulneración a la moralidad administrativa; que el incumplimiento per se no implica la violación al derecho colectivo: en palabras de la misma Corporación "no se puede colectivizar toda transgresión a la ley". Esto quiere decir, que si bien el principio de legalidad es un elemento fundante de la moralidad administrativa y, por ende, un campo donde se materializa en primer término la violación del derecho colectivo, éste no es el único, pues debe concurrir un elemento subjetivo para que se configure tal transgresión. Por ello, ha sido enfática la jurisprudencia en cuestionar y rechazar aquellas acciones populares erigidas únicamente sobre una argumentación pura de ilegalidad, en las que so pretexto de proteger un derecho colectivo ponen a consideración del juez constitucional un litigio particular, cuyo debate y decisión debiera hacerse mediante el ejercicio de otro instrumento

judicial, como los ahora denominados medios de control contenciosos, entre ellos el de nulidad o el de nulidad y restablecimiento del derecho, o la acción de cumplimiento si lo que se pretende es el acatamiento de una norma con fuerza de ley o acto administrativo. Son esos escenarios los propios para ejercer el control jurisdiccional de la legalidad administrativa.

(ii) Pero también forman parte del ordenamiento jurídico Colombiano aquellos principios generales del derecho consagrados en la Constitución y la ley, como los concretos de una materia. En este contexto y para efectos del derecho colectivo, la acción u omisión reputada de inmoral en el ejercicio de una función administrativa debe transgredir un principio del derecho, ya sea de carácter general o que se aplique a un tema determinado, de manera que éste se convierte, al lado de la regla, en otro criterio de control para la protección de la moralidad administrativa.

(...)

2.2.2. Elemento subjetivo

No se puede considerar vulnerado el derecho colectivo a la moralidad pública sin hacer el juicio de moralidad de la actuación del funcionario para establecer si incurrió en conductas amañadas, corruptas o arbitrarias y alejadas de los fines de la correcta función pública.

Aquí es donde se concreta el segundo elemento. Consiste en que esa acción u omisión del funcionario en el desempeño de las funciones administrativas debe acusarse de ser inmoral; debe evidenciarse que el propósito particular del servidor se apartó del cumplimiento del interés general, en aras de su propio favorecimiento o del de un tercero.

Este presupuesto está representado en factores de carácter subjetivo opuestos a los fines y principios de la administración, traducidos en comportamientos deshonestos, corruptos, o cualquier denominación que se les dé; en todo caso, conductas alejadas del interés general y de los principios de una recta administración de la cosa pública, en provecho particular.

2.2.3. Imputación y carga probatoria

Ya se vio cómo para disponer la protección del derecho colectivo pretendido por el juez popular deben tener presencia tanto el elemento objetivo como el elemento subjetivo y su debida correlación. Para ello se requiere de una carga argumentativa por el actor popular en la que se efectúe una imputación directa, seria y real de la violación del ordenamiento jurídico y de la realización de las conductas atentatorias de la moralidad administrativa.

En este sentido corresponde al actor popular hacer esa imputación y cumplir con la carga probatoria que le corresponde, no sólo por así disponerlo el artículo 18 de la Ley 472 de 1998, sobre contenido de la demanda, o el artículo 167 del Código General del Proceso, sino porque tratándose del derecho colectivo en estudio,

donde debe ineludiblemente darse la concurrencia de los dos elementos anteriormente señalados, su imputación y prueba, junto con el impulso oficioso del juez, limita eficazmente que la acción popular sea utilizada inadecuadamente como medio judicial para resolver un juicio de simple legalidad y otorga todos los elementos necesarios para que el juez ponga en la balanza los supuestos jurídicos, fácticos y probatorios que lo lleven al convencimiento de que la actuación cuestionada estuvo bien justificada y no fue transgresora del derecho colectivo o que, por el contrario, se quebrantó el ordenamiento jurídico y de contera se vulneró la moralidad administrativa.

La imputación que se haga en la demanda y la actividad probatoria del actor popular cobra especial importancia, porque le proporciona al juez un marco concreto para fijar el litigio y desarrollar el proceso con el fin último de hacer efectivo el principio constitucional con el que debe cumplirse la función pública.

En efecto, el cumplimiento de este presupuesto permite que el juez popular tenga la seguridad de que está castigando realmente las conductas desviadas o deshonestas de los servidores en el ejercicio de sus funciones, al tiempo que está protegiendo o restableciendo el derecho que tienen los administrados a que la función pública se desarrolle conforme lo ha querido el constituyente.

Por ello, la concurrencia de estos presupuestos garantiza que al momento de determinar la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa el juez cuente con todos los elementos fácticos, debidamente probados, sobre los cuales calificará si la conducta del servidor es reprochable moralmente o no, según las alegaciones de las partes.

Lo anterior significa la concreción de la institución jurídica del debido proceso. De no ser así se estaría juzgando a la administración por violación a la moralidad administrativa sin las formas propias del juicio de acción popular, en el que para su prosperidad se requiere la concurrencia de los elementos subjetivo y objetivo y el tercer presupuesto, no menos importante, consistente en la acusación y prueba tanto del primero como del segundo”.

Se desprende de lo anterior que no hay duda de que la actuación administrativa debe estar al servicio del interés general y el cumplimiento de los fines del Estado, evitando (i) el favorecimiento de intereses particulares, (ii) la desviación de poder y (iii) la inobservancia de la ley.

Empero, ello exige un análisis en cada caso particular, para establecer si se configura i) el elemento objetivo, que se verifica teniendo en cuenta si, con la actuación cuestionada, la autoridad administrativa incurrió en la inobservancia o transgresión de la ley y, ii) el elemento subjetivo, consistente en la materialización de conductas amañadas, corruptas y alejadas de la correcta función pública.

En lo que respecta al derecho colectivo a la utilización y defensa de los bienes de uso público, es necesario precisar el concepto de tales bienes. Es así como la clasificación de los bienes de dominio del Estado, entre bienes de uso público y bienes fiscales, se desarrolló en torno al Código Civil, adoptado por la Ley 57 de 1887, en el cual se dispuso una diferenciación por razón del uso, así: *“Artículo 674. Bienes Públicos y de Uso Público. Se llaman bienes de la Unión aquéllos cuyo dominio pertenece a la República. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio. Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales.”* De conformidad con la norma citada, la diferencia entre los bienes de uso público y los bienes fiscales en la legislación civil radicó en la destinación o forma de su utilización. En ese ámbito se consideraron bienes de uso público aquellos que destinados al uso general de los habitantes de un territorio. Los bienes fiscales por oposición a lo anterior, son aquellos que pertenecen al Estado, pero no están al servicio libre de la comunidad, sino destinados al uso privado del Estado, para sus fines propios, que en ocasiones pueden aparecer incompatibles con la utilización indiscriminada por el público.

ii) El marco legal de las funciones de inspección, control y vigilancia del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones respecto de las emisoras comunitarias:

La ley 1341 de 2009 “Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones” contempla como uno de sus principios orientadores *“El derecho a la comunicación, la información y la educación y los servicios básicos de las TIC. En desarrollo de los artículos 16, 20 y 67 de la Constitución Política el Estado propiciará a todo colombiano el derecho al acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones básicas, que permitan el ejercicio pleno de los siguientes derechos: La libertad de expresión y de difundir su pensamiento y opiniones, el libre desarrollo de la personalidad, la de informar y recibir información veraz e imparcial, la educación y el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura”*. (art.2°). y en el artículo 60 asigna al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones la inspección, vigilancia y control de los servicios de radiodifusión sonora.

A su turno la resolución No. 415 de 2010 “Por la cual se expide el Reglamento del Servicio de Radiodifusión Sonora” define en el artículo 3° el servicio de radiodifusión sonora como *“un servicio público de telecomunicaciones, a cargo y bajo la titularidad del Estado, orientado a satisfacer necesidades de telecomunicaciones de los*

habitantes del territorio nacional y cuyas emisiones se destinan a ser recibidas por el público en general”, y cuya finalidad según el artículo 4° es “difundir la cultura y afirmar los valores esenciales de la nacionalidad colombiana y fortalecer la democracia”.

Según el artículo 18, la radio difusión sonora puede ser:

a) Radiodifusión sonora comercial. Cuando la programación del servicio está destinada a la satisfacción de los hábitos y gustos del oyente y el servicio se presta con ánimo de lucro, sin excluir el propósito educativo, recreativo, cultural, científico e informativo que orienta el Servicio de Radiodifusión Sonora en general;

b) Radiodifusión sonora de interés público. Cuando la programación se orienta, a satisfacer necesidades de comunicación del Estado con los ciudadanos y comunidades, la defensa de los derechos constitucionales, la protección del patrimonio cultural y natural de la nación, a fin de procurar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, sin ánimo de lucro, a cargo y bajo la titularidad del Estado;

c) Radiodifusión sonora comunitaria. Cuando la programación está orientada a generar espacios de expresión, información, educación, comunicación, promoción cultural, formación, debate y concertación que conduzcan al encuentro entre las diferentes identidades sociales y expresiones culturales de la comunidad, dentro de un ámbito de integración y solidaridad ciudadana y, en especial, a la promoción de la democracia, la participación y los derechos fundamentales de los colombianos que aseguren una convivencia pacífica.

Y según el artículo 26, la programación de las estaciones de radiodifusión sonora comunitaria debe estar orientada a generar espacios de expresión, información, educación, comunicación, promoción cultural, formación, debate y concertación que conduzcan al encuentro entre las diferentes identidades sociales y expresiones culturales de la comunidad, dentro de un ámbito de integración y solidaridad ciudadana y, en especial, la promoción de la democracia, la participación y la divulgación de los derechos fundamentales de los colombianos que aseguren una convivencia pacífica.

iii) Los hechos relevantes probados:

-En el departamento de Caldas funcionan quince (15) emisoras comunitarias (fls.13, 84-84 vto)

-Para el día 2 de febrero de 2017 el Ministerio de Comunicaciones estaba adelantando investigaciones administrativas contra ocho (8) entidades titulares del mismo número de emisoras comunitarias en Caldas (fl.13 vto).

-La visita de control técnico realizadas por la Agencia Nacional del Espectro -Unidad Administrativa Especial adscrita al Ministerio accionado- a la Asociación de Comunicación Juventud Estéreo, operadora de la emisora La Súper Estación (fls.129-134)

-Certificados en los cuales consta que la emisora La Súper Estación difundió la información solicitada por la Personería de Neira, el Sena, la Biblioteca Pública Municipal, la Parroquia San Juan Bautista, la Alcaldía Municipal de Neira y la Policía Nacional (fls.149-154)

-El registro de la Asociación de Comunicación Juventud Estéreo ante al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones (fl.156)

-La licencia de concesión para la prestación del servicio comunitario de radiodifusión sonora otorgada por el entonces Ministerio de Comunicaciones a la Asociación Cívica Prodifusión de la Cultura y Valores Salamineños. (fls.178-184)

-Las investigaciones que para el día 22 de marzo de 2019 se habían adelantado por la Dirección de Vigilancia y Control de Ministerio accionado a las emisoras comunitarias de Caldas, en un total de ocho (8) trámites por verificaciones técnicas o administrativas, concluidas a esa fecha (fls.230-232)

-La programación de la emisora Paisaje Estéreo de los días sábados y domingos del año 2018, y de lunes a viernes de 2019 (fls.283-292); de la Súper Estación (fls.296-312), Armonía Stéreo (fls.314-315), Emisora Comunitaria Ultra FM (fls.319-327), Dorada Stéreo (fls.332-364), Mirador Stéreo (fls.381-384).

iv) Solución al caso concreto.

La causa que origina este medio de control la constituye, a juicio del actor popular, la omisión en el control por parte del Ministerio de Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones a las emisoras comunitarias en el departamento de Caldas, por el no cumplimiento por parte de éstas del objeto en relación con un beneficio comunitario.

En primer lugar se precisa, que el derecho colectivo a la defensa y utilización de los bienes de uso público cuya protección se pretende, no tiene relación alguna con la mencionada causa, toda vez que las emisoras comunitarias que operan en el departamento de Caldas están licenciadas a personas jurídicas de naturaleza

privada con el carácter de entidades sin ánimo de lucro, según se desprende de los certificados de registro mercantil allegados. Por ende no están de por medio bienes públicos.

Y en lo que atañe al derecho a la moralidad administrativa, no se avizora prueba alguna que le permita a la Sala afirmar que se vulnera el mismo por el Ministerio accionado. Esto es así, pues no se probó ni siquiera un actuar ilegal de este ente en ejercicio de la función de vigilancia y control sobre las emisoras comunitarias del departamento de Caldas, más por el contrario, sí se probó que ha ejercido dicha competencia cuando se ha ameritado, y de hecho adelantó las investigaciones pertinentes contra al menos ocho (8) de las mencionadas. Por ende si no se probó actuación ilegal de la accionada, no hay forma de determinar los elementos objetivo y subjetivo que configuran la vulneración a la moralidad administrativa.

A su turno las entidades operadoras de las emisoras vinculadas a esta actuación, acreditaron contemplar en su programación, espacios comunitarios como la difusión de campañas institucionales; programas de cultura general, integración familiar, cuidado de la salud, crecimiento personal, actividad cafetera, de contacto comunitario, acción comunal; espacios campesinos, ambientales, entre otros.

De lo anterior se advierte que en este caso el actor popular no cumplió con la carga de la prueba que le incumbe al tenor del artículo 30 de la ley 472 de 1998, lo que impone negar las pretensiones que formuló en este medio de control.

COSTAS:

No habrá lugar a condenar en costas al accionante pues no se acreditó que haya actuado de mala fe o temerariamente, según lo establecido en la sentencia de unificación dentro del proceso radicado 2017-00036 del 06 de agosto de 2019 del Consejo de Estado.

Por lo expuesto, el **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de *improcedencia de la acción popular* propuesta por el Ministerio de Tecnologías de la Información y Telecomunicaciones.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones dentro del presente medio de control de

protección de intereses y derechos colectivos.

TERCERO: RECONOCER PERSONERÍA a la dra MIRYAM MARLENE CAMACHO GONZÁLEZ con T.P. 105.180 C.S.J para actuar en representación del Ministerio de Tecnologías de la Información y Telecomunicaciones, según poder a folios 233-242.

CUARTO: EJECUTORIADA esta providencia archívese el expediente previas las anotaciones respectivas en el sistema JUSTICIA SIGLO XXI.

NOTIFÍQUESE

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN
Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Radicación	17001-23-33-000-2018-00025-00
Clase	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	Héctor José Osorio Ocampo
Accionado	Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones
Providencia	Sentencia No. 79

La Sala de Decisión Oral del Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas, conformada por la Magistrada **Patricia Varela Cifuentes** y por los Magistrados **Dohor Edwin Varón Vivas** y **Augusto Morales Valencia**, de conformidad con lo previsto en los artículos 179 y 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), procede a dictar sentencia de primera instancia, dentro del proceso de **nulidad y restablecimiento del derecho** promovido por el señor **Héctor José Osorio Ocampo** contra **Colpensiones**.

Al no encontrarse irregularidad alguna que pueda dar lugar a la nulidad de lo actuado, se procede a proferir la sentencia que finalice la instancia.

I. Antecedentes

1. Pretensiones

La parte demandante solicita que por esta Corporación se hagan las siguientes declaraciones:

“PRIMERA: Que se declare la nulidad de la Resolución GNR 246355 de 22 de agosto de 2016, expedida por el Gerente Nacional de Reconocimiento de la Vicepresidencia de Beneficios y Prestaciones de Colpensiones.

SEGUNDA: Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad demandada:

- a. *Reliquidar la pensión de jubilación del actor, a partir del 1° de febrero de 2015, tomando como salario base de la misma todos los factores devengados por él en el último año de servicios a la Rama Judicial.*
- b. *Sobre el valor de la pensión reliquidada, efectuar los incrementos legales con base en los índices anuales de precios al Consumidor hasta la fecha de cumplimiento de la sentencia.*
- c. *Reconocer y pagar al actor, de manera retroactiva, las sumas que haya dejado de percibir como consecuencia de la reliquidación, de manera indexada, mes a mes.*
- d. *Pagar intereses moratorios a partir del día siguiente al de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las sumas de condena.*
- e. *El pago de las costas y agencias en derecho”.*

2. Hechos

Como sustento fáctico de la demanda se expone lo siguiente:

El demandante prestó sus servicios a la Rama Judicial entre el 1° de julio de 1979 y el 31 de enero de 2015, es decir, por más de 20 años en calidad de empleado público.

El 6 de noviembre de 2014, una vez cumplidos los requisitos de edad y tiempo de servicios para acceder a la pensión de vejez establecida en el régimen especial del Decreto 546 de 1971, presentó solicitud de reconocimiento pensional ante Colpensiones.

Mediante Resolución GNR 146510 del 19 de mayo de 2015 Colpensiones reconoció al demandante la pensión de vejez con base en el régimen de la Ley 33 de 1985, a partir del 1° de febrero de 2015.

Con escrito del 21 de agosto de 2015 el demandante le solicitó a la demandada la inclusión de los factores salariales correspondientes a su último año de servicios como empleado judicial, anexando una certificación de pagos expedida por Administración Judicial de Caldas.

Colpensiones, por medio de la Resolución GNR 335755 del 27 de octubre de 2015 negó la reliquidación solicitada con fundamento en la Circular 16 de 2015 y la sentencia SU-230 de 2015, conforme a las cuales, el ingreso base de liquidación de la pensión se determina con el promedio de las cotizaciones de los últimos diez años y los factores contemplados en el Decreto 1158 de 1994. Contra dicho acto administrativo el actor interpuso recurso de reposición y el mismo fue despachado desfavorablemente mediante Resolución GNR 4574 del 7 de enero de 2016.

El 14 de julio de 2016 la parte demandante presentó una nueva solicitud de reliquidación de la pensión de vejez y a través de la Resolución GNR 246355 del 22 de agosto de 2016 negó nuevamente la referida petición. Esta decisión fue apelada por el señor Osorio Ocampo y confirmada con la Resolución VPB 41045 del 2 de noviembre de 2016.

3. Normas violadas

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

Constitución Política, artículo 53.

Decreto 546 de 1971, artículo 6º.

Decreto 717 de 1978, artículo 12, modificado por el artículo 4º del Decreto 911 de 1978.

Ley 100 de 1993, artículos 14 y 36 inciso 2º.

Ley 1437 de 2011, artículo 138.

Expone que se desconoció el principio de favorabilidad al no aplicar la regla del inciso segundo del artículo 36 de la ley 100, y en su lugar se determina el IBL sobre los ingresos de los últimos 10 años de servicios; añade que según el artículo 12 del decreto 717 de 1978 constituyen factores de salario todas las sumas que habitual o periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución de sus servicios.

También se desconoce el deber de aplicación integral del artículo 36 mencionado, pues al interpretarse de manera restrictiva se desconocen los principios de favorabilidad, inescindibilidad de la ley, progresividad y no regresividad, y de primacía de la realidad sobre las formalidades.

4. Contestación de la demanda

4.1 Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones

A través de apoderada judicial dio contestación a la demanda, aceptando como ciertos los hechos relativos a la actuación administrativa, oponiéndose a todas y cada una de las declaraciones y condenas solicitadas por la parte actora.

Como medios exceptivos planteó los siguientes:

“Ausencia del derecho reclamado – Aplicación normativa y reliquidación pensional”.

Indica que del régimen anterior sólo es posible tomar la edad, el tiempo de servicio y el monto como requisitos para acceder al derecho pensional, toda vez que la forma de

calcular el IBL es aquella prevista en el régimen general de la Ley 100 de 1993. Al respecto cita la sentencia SU-230 de 2015.

“Improcedencia de tomar todos los factores salariales devengados”. Señala que el Decreto 1158 de 1994 consagra los factores que se deben tener en cuenta para calcular las cotizaciones al sistema por parte de los empleados públicos; precisa entonces que los factores pretendidos no están previstos en la citada norma como aquellos sobre los cuales se deba cotizar y por lo mismo, tampoco se deben tener en cuenta al momento de determinar el Ingreso Base de Liquidación de la pensión.

“Improcedencia de reliquidar la prestación pensional”. Manifiesta que el beneficio de la transición no impide la aplicación de la Ley 100 de 1993 al momento de determinar el promedio de salarios que ha de constituir el ingreso base de liquidación de la pensión, que en el caso de la parte accionante corresponde al promedio de lo devengado en los últimos 10 años.

“Prescripción del reajuste de la mesada pensional”. Precisa que el derecho a reclamar la pensión es imprescriptible como lo son también las bases salariales sobre las cuales se determina el monto de la prestación referida. Sin embargo, dado que la indexación no es un factor que incremente la base salarial, sí aplica la prescripción cuando sea ese el caso.

“Prescripción”. Alude a la prescripción trienal prevista en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969.

“improcedencia de los intereses moratorios por no dar cumplimiento al fallo conforme lo dispuesto en el artículo 192 del CPACA”. Expone que para la causación de intereses la ley dispone que el interesado debe presentar reclamación de la misma ante la entidad, toda vez que los mismos no se generan únicamente por haberse proferido la sentencia.

“Buena fe”. Hace ver que la entidad ha atendido de manera diligente todas las solicitudes de la parte demandante y cuando las mismas han resultado procedentes, ha proferido los respectivos actos de reconocimiento.

5 Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante.

Aduce la parte actora que la demanda fue presentada en el mes de enero del año 2018, esto es, cuando la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la jurisdicción administrativa

en general sostenía que para el cálculo del IBL de las pensiones sometidas al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debía tenerse en cuenta todo lo devengado por el trabajador durante el último año de servicios o el salario más alto percibido por el funcionario judicial durante los último doce meses. Agrega que, en el curso del proceso, mediante fallo del 28 de agosto de 2018 la Sala Plena del Consejo de Estado resolvió abandonar la tesis que venía sosteniendo la Sección Segunda de la misma Corporación desde la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, para plegarse a la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el sentido de que el IBL de las pensiones de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición sería el establecido en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Anota que en el fallo de 28 de agosto de 2018 se advirtió, además, que su aplicación abarcaría todos los casos pendientes de solución, tanto en la vía administrativa como en la judicial. Así las cosas, no estima necesario profundizar en la sustentación jurídica de la demanda ni en las pruebas obrantes, sino en la posición del demandante que, obrando de buena fe, con la confianza legítima de estar amparado por la jurisprudencia vigente sobre la materia, ve naufragar sus pretensiones por un hecho sobreviniente. Por lo tanto, solicita que en el evento de aplicar la jurisprudencia vigente sobre la materia, se abstenga esta Corporación de condenar en costas al demandante. (fls. 119, C. 1)

5.2. Colpensiones.

Reitera la solicitud de que las pretensiones de la parte actora sean despachadas desfavorablemente y en consecuencia se absuelva de responsabilidad a la entidad demandada. Insiste en los argumentos expuestos al contestar la demanda. (fls. 114-117, C. 1)

II. Consideraciones

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, pretende el demandante que se declare la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales Colpensiones le negó la reliquidación de la pensión de vejez con la inclusión de todos y cada uno de los factores salariales devengados en el último año de servicio en calidad de empleado de la Rama Judicial.

La parte demandada, por el contrario, estima que los actos administrativos cuestionados fueron expedidos en cumplimiento del precedente sentado por la Corte Constitucional en torno a la interpretación de las normas referentes al régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993.

1. Problemas jurídicos a resolver

1. ¿La sentencia C- 528 de 2013 y la SU-230 de 2015, son un precedente obligatorio para los casos de pensiones de la Rama Judicial, beneficiarias del régimen de transición?
2. ¿Cuáles son los factores salariales que se deben incluir para la conformación del ingreso base de liquidación de la pensión del demandante?

2. Lo probado en el proceso

El expediente consta de 1 cuaderno con 123 folios.

De las pruebas que reposan en el expediente se resaltan las siguientes:

- Solicitud de reliquidación pensional presentada por el demandante ante Colpensiones el 14 de julio de 2016. (fls. 40-42, C. 1)
- Resolución GNR 246355 del 22 de agosto de 2016, expedida por Colpensiones, mediante la cual se niega la reliquidación de una pensión mensual vitalicia de vejez (fls. 10 a 14, C1)
- Resolución VPB 41045 del 2 de noviembre de 2016, por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución GNR 246355 del 22 de agosto de 2016, confirmándola (fls. 51 a 57, C1)
- Constancia número 0819 expedida por el Coordinador del Grupo de Ejecución Presupuestal y Pagos de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial, mediante la cual se certifica el tiempo de servicios prestados por el demandante y los salarios devengados entre los años 2014 y 2015. (fls. 17 a 18, C. 1)

3. Del régimen pensional aplicable al demandante.

El señor Héctor José Osorio Ocampo es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en consecuencia, su régimen pensional es el consagrado en la norma anterior, esto es, el Decreto 546 de 1971.

Al respecto es menester considerar que, ciertamente, el Decreto 546 de 1971¹ contiene disposiciones especiales referentes a la seguridad social de los funcionarios y

¹«Por el cual se establece el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional del Ministerio Público y de sus familiares»

empleados de la Rama Judicial y el Ministerio Público. Y en lo que atañe a la pensión de jubilación de estos servidores, el artículo 6º de la citada ley señala:

*Artículo 6o. Los funcionarios y empleados a que se refiere este Decreto, tendrán derecho al llegar a los 55 años de edad, si son hombres y de 50, si son mujeres, y cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al **75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio** en las actividades citadas. /Negrilla de la Sala/*

Ha de tenerse en cuenta que, aun cuando posteriormente la Ley 33 de 1985 estableció un régimen común y general para los empleados oficiales, el artículo 1º de la misma ley dejó por fuera a aquellos empleados que estuvieran sujetos a un régimen especial previsto en la ley. La norma citada dispuso:

Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. Ver Artículo 45 Decreto Nacional 1045 de 1978

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones. (Subraya y resalta la Sala).

De ese modo, la Ley 33 de 1985 no implicó la derogatoria ni la sustitución del régimen especial en materia pensional para los empleados y funcionarios de la Rama Judicial, contenido principalmente en el Decreto 546 de 1971.

No obstante lo anterior, ha de tenerse presente que de acuerdo con lo previsto por el acto legislativo 01 de 2005, los regímenes pensionales especiales perdieron vigencia a partir del 31 de julio de 2010, razón por la cual todos los funcionarios del Estado, salvo los miembros de la fuerza pública y el Presidente de la República, se pensionan con fundamento en el Sistema General de Pensiones consagrado en la ley 100 de 1993, con las modificaciones que le introdujo la ley 797 de 2003, salvo que tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de dicho régimen, caso en el cual, el beneficio de la transición se les mantendrá hasta el año 2014.

En este caso, el demandante es beneficiario del régimen de transición comoquiera que nació el 2 de marzo de 1955 e inició su vida laboral 25 de marzo de 1977 y la culminó el 31 de enero de 2015; luego entonces, acreditó 15 años de servicio a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. A dicha fecha tenía reunidas más de 750 semanas cotizadas al Sistema, de manera que el referido beneficio lo cobijaba al momento de adquirir el derecho a la pensión.

Ahora bien, para establecer la forma de liquidar el monto de la pensión de un servidor público incluido en el régimen de transición, es preciso conocer el régimen prestacional al cual se encontraba afiliado en el momento de entrar a regir la ley 100 de 1993. De acuerdo con lo anterior, el demandante debía ser pensionado y reliquidado de conformidad con lo preceptuado en el Decreto 546 de 1971, teniendo en cuenta la edad, tiempo de servicios y monto allí contemplados, conservando por tanto a la fecha de reconocimiento de su pensión, el derecho a obtener su pensión de jubilación cuando cumplió 55 años de edad, 20 años de servicio continuos o discontinuos; con una tasa de reemplazo del 75% del Ingreso Base de Liquidación.

El demandante en su libelo, solicita que se le reliquide su pensión de jubilación con base en el 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio, es decir, pide que se le dé plena aplicación Decreto 546 de 1971, en virtud del régimen de transición en el cual se encuentra incurso.

No obstante, respecto del lapso a promediar y los factores salariales que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión de vejez, ha habido pronunciamientos tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado durante los últimos siete años, partiendo de la conocida Sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010 hasta la Sentencia de Unificación de Sala Plena de la Corte Constitucional 395 del 22 de junio de 2017, incluyendo además el fallo del 28 de agosto de 2018 proferido por el Consejo de Estado.

Debido al amplio debate que ha surgido al respecto, considera la Sala necesario hacer un recuento jurisprudencial de los antecedentes relacionados con el fondo del asunto de la referencia, tal como se hará a continuación.

- **Sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 4 de agosto de 2010**

Mediante sentencia del 4 de agosto de 2010², la Sección Segunda del Consejo de Estado consideró:

“(...) De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

(...)

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 4 de agosto de 2010. C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Rad. 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09)

Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.

(...)

Con base en lo anteriormente expuesto, en el caso concreto el actor tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo los factores salariales devengados durante el último año de servicios y que la entidad accionada no tuvo en cuenta al liquidar su prestación. (...)

Así pues, la posición del Consejo de Estado en la citada sentencia de unificación, es que en la liquidación pensional se le deben tener en cuenta para su reconocimiento, la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios; incluidos todos los factores que constituyen salario; lo cual significa, la inclusión de todas las sumas de dinero que el trabajador percibía de manera habitual y periódica; sin discriminar la denominación que dichas sumas de dinero tengan.

- **Sentencia C-258 de 2013**

Posteriormente, mediante sentencia C-258 de 2013³ la Corte Constitucional declaró inexecutable las expresiones “durante el último año y por todo concepto”, “Y se aumentarán en el mismo porcentaje en que se reajuste el salario mínimo legal”, contenidas en el primer inciso del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, así como la expresión “por todo concepto”, prevista en el párrafo de ésta; y declaró executable las restantes expresiones relacionadas con el régimen pensional de los congresistas y demás servidores públicos a quienes les resultara aplicable exponiendo:

“(...) (i) No puede extenderse el régimen pensional allí previsto, a quienes con anterioridad al 1º de abril de 1994, no se encontraren afiliados al mismo.

(ii) Como factores de liquidación de la pensión solo podrán tomarse aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas. (...)

Contrario a lo expuesto por el Consejo de Estado, la Corte en la sentencia referida sostiene que incluir en el Ingreso Base de Liquidación, ingresos sobre los cuales no se hicieron las respectivas cotizaciones al sistema, va en detrimento del principio de solidaridad que rige la seguridad social.

³ Corte Constitucional. Sala Plena. M.P Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Sentencia C-258 del 7 de mayo de 2013.

De esta manera, al declarar inexecutable la expresión “y por todo concepto” contenida en el inciso primero y en el párrafo respectivo del artículo 17 de la ley 4ª de 1992, deja sentada su posición con relación a que los únicos factores para la liquidación de la pensión que deben tenerse en cuenta son los ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, que tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubiera realizado las cotizaciones respectivas al sistema de pensiones.

- **Sentencia SU-230 de 2015 de la Corte Constitucional**

Mediante sentencia SU-230⁴ del 29 de abril de 2015, la Corte Constitucional dispuso:

“(…) Así las cosas se tiene que para la Corte Suprema de Justicia se trata de dos conceptos distintos y por ende separables, puesto que la noción de monto se refiere solo al porcentaje pero no al ingreso base de liquidación sobre el cual se aplica. Sobre este aspecto ha reiterado:

“Este régimen –la transición- solamente mantuvo, de las normas anteriores al Sistema General de Pensiones, tres aspectos concretos: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión; de tal modo que el tema de la base salarial de liquidación de la pensión no se rige por las disposiciones legales precedentes, sino que pasó a ser regido, en principio, y para quienes les hacía falta menos de diez años para adquirir el derecho, por el inciso 3º del artículo 36 citado”⁵.

Para dicho tribunal, el régimen anterior no se aplica en su totalidad, toda vez que la noción de monto solo comprende el porcentaje, más no la base salarial que, según ese tribunal, se fija con fundamento en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993⁶.

(…)

CONCLUSIONES

3.3.1. *Si bien existía un precedente reiterado por las distintas Salas de Revisión en cuanto a la aplicación del principio de integralidad del régimen especial, en el sentido de que el monto de la pensión incluía el IBL como un aspecto a tener en cuenta en el régimen de transición, también lo es que esta Corporación no se había pronunciado en sede de constitucionalidad acerca de la interpretación que debe otorgarse al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señalando que el IBL no es un elemento del régimen de transición.*

3.3.2. *En ese sentido, como la Sala Plena tiene competencia para establecer un cambio de jurisprudencia, aún en aquellos casos en que existe la denominada jurisprudencia en vigor, el anterior precedente interpretativo es de obligatoria observancia. (…)*

En la citada sentencia SU-230 de 29 de abril de 2015, la Corte Constitucional se remite de manera frecuente a la sentencia C-258 de 2013, reiterando las consideraciones allí expuestas relacionadas con el Ingreso Base de Liquidación; y abre la discusión relacionada con el concepto de “monto”, citando que éste debe comprender tanto el porcentaje aplicable como la base reguladora señalada en el respectivo régimen.

⁴ Corte Constitucional. Sala Plena. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Sentencia SU-230 del 29 de abril de 2015.

⁵ Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia del 16 de diciembre de 2009 Radicación Núm. 34863.

⁶ Pensiones del sector público: la transición continúa. Jurisprudencia de las Altas Cortes, Álvaro Quintero Sepúlveda. Segunda edición. Editorial Librería Jurídica, Sánchez R. Ltda. 2010.

- **Sentencia de Unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado, proferida el 25 de febrero de 2016⁷.**

En pronunciamiento de Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, el 25 de febrero de 2016, reiteró la posición relacionada con el régimen de transición que expuso el 4 de agosto de 2010 en la SU, arriba señalada.

Así mismo, se pronunció sobre los alcances de la sentencia SU-230 de 2015 de la Corte Constitucional, y expuso:

“(…) la sentencia SU-230 de 2015 avaló la interpretación que tiene la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia respecto a las competencias que corresponden a la jurisdicción ordinaria para liquidar la pensión de jubilación con el promedio de los últimos 10 años de servicios de conformidad con el inciso 3.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

No obstante, la Corte no se refirió a las competencias de la jurisdicción contencioso administrativa, que conoce de los regímenes especiales del sector público en materia pensional, en virtud del régimen de transición pensional, y donde la Corte Constitucional ha tenido oportunidad de referirse específicamente a las interpretaciones acerca del monto de las pensiones de transición por parte de esta jurisdicción y las ha considerado ajustadas a la Constitución y a la ley, con excepción de las pensiones del régimen de Congresistas y asimilados al mismo, precisamente en virtud de la sentencia C-258 de 2013”.

Así pues, el Consejo de Estado ratifica su posición relacionada con los factores salariales que deben tenerse en cuenta en las liquidaciones pensionales; y precisa que el monto de la pensión para los beneficiarios del régimen de transición, debe entenderse no sólo como el porcentaje de la pensión, sino la base de dicho porcentaje; teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados por la demandante durante el último año de servicios, independientemente de si éstos han sido o no objeto de descuento, pues al momento del reconocimiento, a su juicio, la entidad de previsión social correspondiente puede efectuar los descuentos pertinentes.

- **Sentencia de Unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado, proferida el 9 de febrero de 2017⁸.**

En esta oportunidad, la Alta Corporación sostuvo lo siguiente:

“...Lo esbozado a lo largo de esta providencia, autoriza a la Sala para reiterar la tesis dominante en esta Corporación y sostenida especialmente en la sentencia de unificación de jurisprudencia del 4 de agosto de 2010, pues de lo contrario y de aplicar de tajo la tesis de las sentencias C-258-13, SU-230-15 y T-615-16 de la Corte Constitucional, a todas las situaciones amparadas por el régimen de transición es, simple y llamante (sic), atentatorio de los principios de progresividad y favorabilidad y compromete los derechos laborales de rango fundamental.”

⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 25 de febrero de 2016. C.P. Ponente Gerardo Arenas Monsalve. Rad. 25000-23-42-000-2013-01541-01.

⁸ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 9 de febrero de 2017. C.P. César Palomino Cortés. Radicación 25000-23-42-000-2013-01541-01

...
5.1. El Consejo de Estado, reitera la tesis que el régimen de transición de que trata el artículo 36 de la ley 100 de 1993, debe interpretarse de manera armónica, integral y en aplicación del principio de inescindibilidad normativa, ateniendo (sic) su finalidad; pues la interpretación que ha venido aplicando esta Corporación resulta razonable y favorable tanto de los derechos laborales como de las finanzas pública (sic) y en materia pensional se encuentran de por medio derechos constitucionales fundamentales que no pueden desconocerse. Igualmente, debe interpretarse la noción de salario en sentido amplio y no restrictivo.
...

Así mismo, mediante auto del 21 de junio de 2018, reiteró lo siguiente⁹:

*“Esta decisión reitera el criterio fijado en la providencia de unificación de fecha 25 de febrero de 2016, antes citado, conforme al cual la decisión y las argumentaciones plasmadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013, **únicamente** aplica para aquellas personas que se encuentran en el régimen pensional de congresistas; por cuanto “[...] se originó en el contexto del control abstracto de constitucionalidad de un régimen especial y coyuntural [...]”, y, en tal virtud, la regla de interpretación en ella contenida que se hizo extensiva a todos los regímenes especiales con la sentencia SU-230 de 2015, “[...] no contiene todos los elementos necesarios para resolver cada uno de los casos particulares del régimen de transición que ocupan la atención de esta Corporación como órgano de cierre y que constituyen el precedente en la jurisdicción Contenciosa Administrativo[...]”¹⁰.*

Sobre el particular, cabe reiterar que para que se pueda predicar el carácter de precedente jurisprudencial de una providencia, ésta debe ser anterior a la decisión respecto de la cual se pretende su aplicación¹¹ y debe existir “[...] una semejanza de problemas jurídicos, cuestiones constitucionales, hechos del caso, normas juzgadas o puntos de derecho [...]”, por lo que “[...] En ausencia de uno de estos elementos, no puede predicarse la aplicación de un precedente [...]”¹². (Resalta la Sala).

Por tanto, para la aplicación de las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015, SU-427 de 2016 y SU-395 de 2017, el funcionario judicial debe verificar que tales decisiones, en razón del régimen pensional al cual se refieren, constituyan precedente vinculante en cada caso particular, de conformidad con las sub reglas jurisprudenciales¹³ que determinan si un pronunciamiento tiene o no la calidad de precedente respecto del asunto bajo estudio.”

- **Sentencia SU-395 de 2017 del 22 de junio de 2017 de la Corte Constitucional.**

El 22 de junio de 2017 la Corte Constitucional profirió la sentencia SU-395¹⁴, señalando entre otros que:

“(...) 10.2.2. Defecto sustantivo y violación directa de la Constitución en la interpretación realizada por la Sección Segunda del Consejo de Estado en relación con los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 frente al régimen de transición aplicable a los empleados públicos y trabajadores oficiales de la rama ejecutiva del poder público. Expediente T-3.358.979.

⁹ Consejo de Estado. Sección Primera. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. 21 de junio de 2018. Radicación número: 11001 03 15 000 2017 02585 01 (AC)

¹⁰ Ídem.

¹¹ Sentencias T-619 de 2009, T-656 de 2011, T-762 de 2011 y 217 de 2013, entre otras.

¹² Corte Constitucional, sentencia T-288 de 2011.

¹³ Ut Supra

¹⁴ Corte Constitucional. Sala Plena. Magistrado Ponente: Dr. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ. Sentencia SU-395 del 22 de junio de 2017

10.2.2.1. Este caso se refiere al reconocimiento de la pensión de jubilación a un beneficiario del régimen de transición de la Ley 33 de 1985 con un monto del 75% liquidado con el IBL de la Ley 100 de 1993 que, al pretender la reliquidación de su mesada pensional con base en el último año de servicios -Ley 33 de 1985 y factores salariales de la Ley 62 de 1985-, inició proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que conoció el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el cual ordenó la reliquidación de la mesada con base en el 75% de lo devengado por el demandante en el último año de servicio oficial con la inclusión de todos los elementos salariales percibidos. En segunda instancia, el Consejo de Estado revocó parcialmente lo decidido al incluirse la prima de bonificación -por no ser elemento salarial- y haberse compensado los aportes de los demás elementos salariales incluidos en la liquidación.

(...)

10.2.2.2. Sobre las anteriores consideraciones, la Sala Plena estima que se configuran los defectos endilgados en la demanda de tutela por las siguientes razones:

En primer lugar, como quedó sentado en el aparte considerativo de la presente sentencia, el régimen de transición busca primordialmente evitar que quienes tenían a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, una legítima expectativa de acceder en un corto plazo a la pensión de vejez, dejen de tener acceso a la misma por nuevas condiciones y requisitos consagrados en la normativa que entra a regir. Así que protege, en primer lugar, el acceso a la pensión manteniendo los requisitos previamente consagrados (edad y tiempo de servicios o semanas cotizadas) y, además, una garantía mínima de continuidad en lo que se esperaba recibir, esto es, el monto de la pensión.

Ahora bien, esa garantía de poder recibir un monto de pensión igual, no se traduce automáticamente en la tesis de que una ley nueva no pueda consagrar reglas diferentes en la materia, siempre y cuando los extremos de la expectativa legítima no se vean reducidos al punto de hacer nugatorio o aparente el derecho al régimen de transición¹⁵. Así, para la creación, funcionamiento y sostenimiento de un nuevo sistema es necesario contar con reglas que garanticen los principios que lo sustentan, entre ellos, la sostenibilidad financiera del mismo. De manera que lo liquidado debe ser proporcional a lo cotizado. Por esta razón, se estableció en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, un ingreso base de liquidación para quienes fueren beneficiarios del régimen de transición.

Conforme con ello, se ha entendido en sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional, que cuando el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se refiere a "monto de pensión" como una de las prerrogativas que se mantienen del régimen anterior, está refiriéndose al porcentaje aplicable al Ingreso Base de Liquidación. Lo anterior, tiene sentido no sólo desde el punto de vista del lenguaje sino también con fundamento en el alcance, finalidad y concepto del régimen de transición.

En la medida en que si el inciso tercero de la norma bajo análisis expresamente establece cuál debe ser el Ingreso Base de Liquidación para los beneficiarios del régimen de transición, entonces el monto se refiere al porcentaje aplicable a esa base que será el señalado por la normativa anterior que rija el caso concreto. En igual sentido, los factores salariales, al no determinar el monto de la pensión sino parte de la base de liquidación de la misma, serán los señalados por la normativa actual, en este caso, por el Decreto 1158 de 1994.

(...)

Sin embargo, el decreto citado reiteró que hay un régimen de transición, que por lo tanto se torna inalterable: "Artículo 4º. Los servidores públicos que seleccionen el régimen de prima media con prestación definida, estarán sujetos al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y demás disposiciones que lo reglamentan". De manera que las consideraciones esbozadas sobre la

¹⁵ El interesado en el régimen de transición se acoge a él no solamente porque el artículo 36 de la ley 100 de 1993 es muy claro y es una norma de orden público, sino porque se trata de un principio del derecho laboral, reconocido constitucionalmente en el artículo 53 de la Constitución que penetra en todo el ordenamiento laboral por ser su hilo conductor, y, además, porque en la ley 100 art. 11 y en la propia Constitución (artículo 53) se establece el principio de favorabilidad. Consultar Sentencia T-235 de 2002

interpretación de los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, son aplicables al caso concreto y, en general, a quienes se regían por la Ley 33 de 1985. No obstante todo lo anterior, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la sentencia impugnada, interpretó dichas disposiciones de manera evidentemente contraria a como ha sido esbozado, desconociendo lo establecido expresamente por el legislador, así como lo dispuesto en la Sentencia C-168 de 1995.

(...)

En este orden de ideas, es posible concluir que de acuerdo con lo expresamente establecido por el legislador en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el Constituyente en el Acto Legislativo 01 de 2005, así como con los principios de eficiencia del Sistema de Seguridad Social, correspondencia entre lo cotizado y lo liquidado, y el alcance y significado del régimen de transición, la interpretación constitucionalmente admisible es aquella según la cual el monto de la pensión se refiere al porcentaje aplicable al IBL, y, por tanto, el régimen de transición no reconoce que continúan siendo aplicables ni el IBL ni los factores salariales previstos con anterioridad a la Ley 100 de 1993.

(...)"

- **Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado¹⁶.**

En el año 2018, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial :

“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”.

93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes **subreglas**:

94. **La primera subregla** es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.
- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

...

96. **La segunda subregla** es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la

¹⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: César Palomino Cortés. Agosto veintiocho (28) de dos mil dieciocho (2018). Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01.

transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones. “

De la última Sentencia de Unificación en mención puede concluirse lo siguiente:

- El régimen de transición contemplado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se refiere a la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión.
- Para la Corte el monto de la pensión se refiere al porcentaje aplicable al IBL, sin que el régimen de transición reconozca como aplicables el IBL, ni los factores salariales previstos con anterioridad a la ley 100 de 1993.
- Deben tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión, solamente los factores sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas.
- Lo que se liquide en la pensión, debe ser proporcionado a lo cotizado.
- Los factores salariales, al no determinar el monto de la pensión sino parte de la base de liquidación de la misma, serán los señalados por la normativa actual, en este caso, por el Decreto 1158 de 1994.

Ahora bien, en la sentencia de Unificación de la Corte Constitucional sentencia SU-395 de 2017 antes citada, se establece con claridad meridiana el alcance de la sentencia C-258 de 2013, el cual no sólo constituye un precedente para la población objeto de dicho pronunciamiento, sino que resulta ser *“un precedente interpretativo de acatamiento obligatorio que no puede ser desconocido en forma alguna”*, y señala que aceptarse en la liquidación pensional la totalidad de los factores salariales, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado en la sentencia de Unificación del 25 de febrero de 2016, vulnera la Constitución y desconoce el debido proceso que le asiste a la entidad accionada. Tanto así, que la Corte Constitucional revocó mediante esa sentencia de Unificación, sentencias de segunda instancia proferidas por el Consejo de Estado, por dar esa aplicación para la liquidación de pensión con todos los factores salariales.

Queda claro entonces que el ingreso base de liquidación no es un aspecto sujeto a transición y, por tanto, existe sujeción sobre esta materia a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Lo anterior trae como consecuencia que, a quienes son beneficiarios del régimen de transición establecido en la mencionada ley se les calculará el IBL con base en lo dispuesto por la Ley 100 de 1993, esto es, **con el promedio de los factores salariales sobre los cuales se cotizó durante los últimos 10 años de servicio o todo el tiempo si este fuere superior (artículo 36) o inferior (artículo 21). Y como se indicó en precedencia, los factores de salario a tener en cuenta, serán solamente aquellos enlistados en el Decreto 1158 de 1994.**

Es esta la posición de la Corte Constitucional, expuesta en el marco de un análisis de constitucionalidad, la cual debe ser el precedente aplicable al caso concreto; con dicha posición se recoge cualquiera otra posición contraria, por el alcance que tienen, se

reitera, las sentencias de constitucionalidad que dicta la Corte Constitucional, **respecto de las cuales, criterios como el de favorabilidad, entre otros, no tienen aplicación, si se tiene en cuenta que es la sentencia de constitucionalidad la que fija el alcance de la norma y marca el sentido que siempre ha tenido la disposición que analiza.**¹⁷

Modificación del criterio jurídico de la Sala en torno a la solución del problema jurídico *sub examine*

Debe decirse en este punto de la discusión, que esta Corporación acoge la directriz jurisprudencial trazada por la Corte Constitucional en sentencias que unifican los criterios relacionados con los fundamentos que deben tenerse en cuenta para la liquidación (o reliquidación) de las pensiones de jubilación, específicamente las reconocidas en observancia del régimen de transición; ello, en procura y garantía del respeto del principio de igualdad y de seguridad jurídica, razón por la cual la Sala modifica la posición jurídica que se había venido adoptando para resolver problemas jurídicos semejantes al que ocupa su atención en el presente caso de reliquidación pensional, para adoptar la postura, parámetros y directriz señalada por la Corte Constitucional.

Lo anterior, atendiendo a la fuerza vinculante de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en punto a la interpretación del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, la cual se hace explícita en el texto de la sentencia SU-395-17, en donde se indica claramente que **“...la interpretación constitucionalmente admisible es aquella según la cual el monto de la pensión se refiere al porcentaje aplicable al IBL, y, por tanto, el régimen de transición no reconoce que continúan siendo aplicables ni el IBL ni los factores salariales previstos con anterioridad a la Ley 100 de 1993.”**¹⁸

Ahora bien, la obligatoriedad de dicho precedente no solo se predica de su parte resolutoria sino de los contenidos de la parte motiva, en donde su análisis se proyecta más allá del caso concreto, constituyendo fuerza y valor de precedente para todos los jueces en sus decisiones y por tanto, erigiéndose en fuente de derecho que integra la norma constitucional. Es por ello que, ignorarlo o contrariarlo conlleva una violación de la Constitución misma, en tanto supone la aplicación de un criterio contrario a aquel en que ha sido entendida la norma por el juez de constitucionalidad.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro. 18 de abril de 2018. Radicación: 11001-03-15-000-2017-02292-01 (AC)

¹⁸ SU-395-17.

En efecto, la interpretación que la Corte Constitucional hace sobre el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, no sólo se aplica a los casos concretos allí analizados; se aplica, en general, a quienes se regían Vg. por la Ley 33 de 1985. Es por ello que, dicho pronunciamiento no debe ser ignorado por este Juez Plural de decisión, cuando a la fecha el mismo es fuente de derecho vinculante y constituye precedente obligatorio, en tanto es anterior a la decisión que en esta oportunidad se pretende adoptar y plantea el problema jurídico en torno a si el Ingreso Base de Liquidación y los factores a incluir en el mismo, tratándose de la liquidación de la pensión de beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, es el establecido en la norma anterior (Vg. Ley 33 de 1985) o por el contrario, aquel establecido en el artículo 36 del Régimen General consagrado en la mencionada Ley 100. Tal disyuntiva es resuelta en favor de la norma general (artículo 36) desde una óptica constitucional del tema, hecha por el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional.

Así pues, para garantizar la vinculatoriedad de las decisiones de las Altas Cortes y con ello su función de cierre y unificación de la jurisprudencia, las decisiones de la Corte Constitucional han sido claras en exigir al juez de instancia que quiera apartarse, que previamente tome en consideración el precedente y luego exponga con claridad los fundamentos que justifican su decisión. Sin embargo, en este caso la Sala de Decisión no se aparta de dicho precedente y por el contrario, lo acoge en su integridad atendiendo el criterio de seguridad jurídica, respeto por el derecho a la igualdad y la sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social en Pensiones; ítems sobre los cuales ha razonado suficientemente la Corte Constitucional y sobre los cuales se hace innecesario volver en esta oportunidad.

Por lo anterior, y teniendo como fundamento las sentencias de unificación de la Corte Constitucional, en especial la SU-395 del 22 de junio de 2017, el Ingreso Base de Liquidación de las pensiones amparadas por el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, se establece con el promedio de los factores salariales expresamente determinados en el Decreto 1158 de 1994, que fueron devengados en los últimos 10 años de servicio o durante el tiempo que hiciera falta para adquirir el derecho si fuere menor a 10 años.

9. El caso concreto.

Mediante la Resolución GNR 246355 del 22 de agosto de 2016, expedida por Colpensiones, se negó la reliquidación de la pensión de vejez del demandante por considerar que la liquidación de la misma, tal y como la hizo la entidad, se encuentra ajustada a derecho. En dicho acto administrativo se explica que el señor Osorio Ocampo es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y por lo tanto le es aplicable el régimen especial anterior, contenido en el

Decreto 546 de 1971 para los empleados de la Rama Judicial. Indica que en virtud de dicho régimen, el derecho a la pensión se consolida al cumplir 55 años de edad (hombres) y 20 años de servicio; y la liquidación de la prestación vitalicia se efectúa con una tasa de reemplazo del 75%. Aclara al respecto que, tales requisitos son esencialmente iguales a los establecidos en la Ley 33 de 1985 y por lo tanto, al revisar la liquidación inicial, no advierte que se generen valores adicionales en favor del pensionado. Insiste en que el criterio aplicado en este caso es aquel fijado por la Corte Constitucional en sentencias como la SU-230 de 2015, de la cual emerge que el régimen de transición respecta la edad, tiempo de servicio y monto consagrados en el régimen anterior; sin embargo, en lo que refiere al IBL y factores de salario ha de tenerse en cuenta el Régimen General de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994.

Así las cosas, entiende la Sala que la liquidación realizada por Colpensiones en este caso, se ajusta a la postura que actualmente rige en la materia y por lo tanto, es dado concluir que no le asiste razón al demandante para deprecar la reliquidación de la pensión de vejez con base en la asignación más elevada devengada en el último año de servicios.

En tales circunstancias, no son los factores devengados en el último año los que constituyen la base para la liquidación de la pensión sino aquellos devengados en el lapso que le hacía falta para consolidar el derecho y expresamente consagrados en el artículo 1º Decreto 1158 de 1994, por medio del cual se modifica el artículo 6º del Decreto 691 de 1994, disposición que es del siguiente tenor:

*El artículo 6º del Decreto 691 de 1994, quedará así: "Base de Cotización".
El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:*

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación;*
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;*
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.*
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;*
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;*
- g) La bonificación por servicios prestados;*

En ese sentido, son los factores del Decreto 1158 de 1994 y sobre los cuales se cotizó durante los últimos diez años o más, los que deben ser tenidos en cuenta para la liquidación de la pensión; y no los devengados en el último año o que no estén previstos en el Decreto ya referido.

Por lo anterior, bien puede decirse que de conformidad con el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994 y de cara a los factores de salario certificados por el empleador, el salario mensual de la parte demandante, con base en el cual se determinó el IBL, estaba

conformado por la asignación básica mensual, la bonificación por servicios y la prima de antigüedad, sin que fuere procedente incluir otros como la prima de servicios, la prima de navidad, la prima de vacaciones y la prima de productividad.

En conclusión, no se encuentra mérito para declarar la nulidad del acto administrativo cuestionado a través del presente medio de control y por lo tanto, se declararán probadas las excepciones planteadas por la parte demandada, denominadas “*Ausencia del derecho reclamado – Aplicación normativa y reliquidación pensional*”, “*Improcedencia de tomar todos los factores salariales devengados*” e “*Improcedencia de reliquidar la prestación pensional*”. En consecuencia, se negarán las pretensiones de la parte demandante.

10. Costas y Agencias en Derecho

En el presente asunto no se condenará en costas a la parte demandante, considerando el cambio de jurisprudencia que sobre el tema objeto del proceso tuvo lugar en la historia reciente de esta jurisdicción.

11. Consideración final

En razón a que procesos similares al presente ya han sido decididos mediante sentencia por esta Corporación, la Sala ha procedido a dictar fallo dentro de este, por autorizarlo así el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, lo que hace también en aplicación de los principios de economía y celeridad.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

II. Falla

Primero: Se declaran fundadas las excepciones planteadas por la parte demandada COLPENSIONES, denominadas “*Ausencia del derecho reclamado – Aplicación normativa y reliquidación pensional*”, “*Improcedencia de tomar todos los factores salariales devengados*” e “*Improcedencia de reliquidar la prestación pensional*”.

Segundo: Se niegan las pretensiones de la parte demandante.

Tercero: Sin condena en costas.

Cuarto: Se reconoce personería a la abogada MARÍA YANETH ARBOLEDA OSPINA con T.P. 301.582 C.S.J. para actuar en sustitución del apoderado principal de COLPENSIONES (fl.117 vto).

Se acepta la renuncia de poder para actuar como apoderado de Colpensiones, presentada por el abogado Miguel Ángel Ramírez Gaitán, de conformidad y en los términos de los memoriales que obran ente folios 121 y 123 del cuaderno 1.

Quinto: En firme la sentencia, archívese el expediente previa anotación en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase

Discutida y aprobada en Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala de Decisión Oral

Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Radicación:	17-001-33-39-007-2018-00068-02
Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	María Elena Valencia de Hoyos
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia:	Sentencia No. 78

Asunto

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el 19 de septiembre de 2019, mediante la cual se negaron las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicita:

*“1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 6880-6 del 2 de septiembre de 2016, suscrita por el Doctor (a) : **SÓCRATES MEDELLÍN, Secretario de Educación, CARLOS EDUARDO ARREDONDO MOZO, Profesional especializado en prestaciones sociales**, en cuanto me reliquidó la **PENSION DE JUBILACION** y calculó la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicio al retiro definitivo de mi cargo docente.*

*“2. Declarar que tengo derecho a que la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, me reconozca y pague una Pensión Ordinaria de Jubilación, a partir del **18 de Abril de 2016**, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que efectué mi retiro definitivo del cargo docente, que son los que constituyen la base de liquidación pensional.*

A TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, SÍRVASE:

1. **Condenar a LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, a que le reconozca y pague una **Pensión Ordinaria de Jubilación**, a partir del **18 de Abril de 2016**, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que efectuó mi retiro definitivo del cargo docente, que son los que constituyen la base de liquidación pensional.
(...)

2. Hechos.

Se relataron los que a continuación se resumen:

Manifestó el apoderado que su mandante prestó sus servicios a la docencia oficial, cumpliendo con los requisitos exigidos para que le fuera reconocida pensión de Jubilación.

Refirió que la entidad demandada al momento de determinar la cuantía de la pensión de jubilación, incluyó solo la asignación básica; omitiendo tener en cuenta la prima de navidad, prima de vacaciones y demás factores salariales percibidos por la actividad docente desarrollada la parte demandante durante el último año de servicios.

3. Normas violadas

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

Ley 91 de 1989 Artículo 15

Ley 33 de 1985 Artículo 1º.

Ley 62 de 1985

Decreto Nacional 1045 de 1978.

Indica que la Ley 33 de 1985 no consagra taxativamente los factores salariales que forman parte de la base de liquidación de la pensión de vejez y por lo tanto se deben incluir todos aquellos factores devengados en el último año de servicio como se desprende de la sentencia del Consejo de Estado, proferida el 4 de agosto de 2010 por el Magistrado Víctor Hernando Alvarado Ardila.

4. Contestación de la demanda.

4.1. La Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

A través de apoderado judicial dio contestación a la demanda de la referencia oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones y condenas de la demanda argumentando que La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de

Prestaciones Sociales del Magisterio no tiene obligación alguna de incluir factores salariales distintos a los cotizados para tal beneficio, pues ello equivaldría a desconocer la normatividad vigente aplicable al reconocimiento y pago de las mesadas pensionales de quienes se pensionaron como educadores.

En cuanto a los hechos señaló que no le constan los detalles de la relación y circunstancias laborales descritas; toda vez que La Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no fungió como uno de los extremos de dicha relación y expuso que la entidad representada no es la entidad competente para receptor solicitudes por prestaciones sociales.

Como medios exceptivos planteó los siguientes:

“Falta de integración del contradictorio-litisconsorcio necesario” en tanto el trámite de reconocimiento y pago de las prestaciones económicas a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio será efectuado a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas; *“Vinculación de litisconsorte”* solicita la vinculación del Municipio de Manizales y de la Fiduprevisora S.A.; *“Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación- Ministerio de Educación Nacional”*; *“Inexistencia del demandado – falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada. falta de competencia del ministerio de educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado”*, considera que vincular a la Nación- Ministerio de Educación Nacional, es darle un carácter paternalista al proceso, que logra un desgaste procesal que en debida forma no debería soportar la Nación, como quiera que no interviene en el trámite de reconocimiento y pago de la prestación; *“Inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica”* enfatiza que al demandante no le asiste derecho a reclamar reliquidación de la pensión de jubilación con inclusión de la prima de servicios como factor base de liquidación como quiera que el Consejo de Estado en sentencia de unificación no creó dicho factor salarial a favor de los docentes; *“Prescripción”* Solicita sea declarada la prescripción de aquellos derechos económicos reclamados, que superen el lapso de los 3 años desde que se hizo exigible la obligación; *“Buena fe” y la que denominó “Genérica”*. (Fls. 105 a 118, C. 1)

5. Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 19 de septiembre de 2019, resolvió negar las pretensiones de la demanda.

Manifestó que a la demandante le aplica el régimen pensional de la Ley 33 de 1985 en consideración a la fecha de ingreso al servicio docente; y frente a los factores salariales se le aplica la Ley 62 de 1985. Todo lo anterior, acogiendo la postura del Consejo de

Estado, vertida en providencias que para el efecto se sirve citar. Indicó que a la parte actora le fue reconocida la pensión de vejez con inclusión de la asignación básica, la prima de navidad, la prima de vacaciones, subsidio de alimentación y bonificación mensual.

El a quo estimó que la entidad no está obligada a incluir la prima de servicios comoquiera que ésta no se encuentra taxativamente señalada en la Ley 62 de 1985, norma que establece los factores sobre los cuales ha de hacerse los descuentos para pensión y aquellas no están enlistados en la citada norma. Tampoco encontró que sobre los factores deprecados se hubiese efectuado la cotización al sistema. (fls. 163 – 174, C. 1)

6. Recurso de Apelación

La parte demandante apeló la sentencia de primera instancia al estimar que la demanda de la referencia fue promovida cuando imperaba la tesis del Consejo de Estado vertida en la sentencia del 26 de agosto de 2010, con ponencia del magistrado Víctor Hernando Alvarado Ardila, motivo por el cual invoca el principio de confianza legítima en la administración de justicia. Aude al principio de seguridad jurídica y destaca que con la nueva posición de Consejo de Estado se afectan los derechos de las personas que estaban a la espera de una decisión con fundamento en la postura anterior al amparo de la cual fue presentada la demanda. Considera que la nueva postura del Consejo de Estado resulta contradictoria y regresiva frente a la tesis acogida desde el año 2010, además, genera desigualdad de trato frente a quienes se encuentran en la misma situación de hecho. Agrega que los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, aportan sobre todos los factores salariales pagados por nómina estatal, razón para reclamar el pago de la pensión con la inclusión de todos los factores devengados por el docente en el último año de servicios. (fls. 181-188, C. 1)

7. Alegatos de conclusión segunda instancia.

7.1. Parte demandante.

Insiste en el argumento según el cual, el operador judicial debe observar que el presente proceso fue radicado bajo un precedente existente en una Sentencia de Unificación del año 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado. Por lo tanto, solicita que en este caso se analice de manera concreta, cuál es la jurisprudencia aplicable toda vez que al momento de la radicación del respectivo medio de control, estaba claro el sentido en que se decidían estos temas, lo cual generaba una confianza legítima frente a la aplicación de la sentencia del año 2010 proferida por el Consejo de Estado. (fls. 25 – 29, C. 2)

7.2 La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio

Guardó silencio.

7.3. Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado.

Estima que de conformidad con la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado en abril de 2019, la liquidación de la pensión de vejez de los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003 – que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985 – debe tener en cuenta los factores sobre los cuales se haya hecho la respectiva cotización de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 y por lo tanto no se puede incluir ningún otro factor diferente de los enlistados en dicho artículo. (fls. 4-11, C. 2)

II. Consideraciones

Teniendo en cuenta los argumentos planteados en el recurso de apelación, los problemas jurídicos a resolver en esta instancia se contraen a los siguientes:

- i) ¿La sentencia de unificación SUJ-014-S2-2019 del 25 de abril de 2019, proferida por el Consejo de Estado, tiene efecto vinculante frente a quienes presentaron la demanda con anterioridad a su expedición?
- ii) ¿Debe la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM asumir el pago de la reliquidación de la pensión de vejez deprecada por la parte demandante?
- iii) ¿Cuáles son los factores salariales que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación de la parte demandante?

1. Precedente jurisprudencial vinculante.

Ciertamente, la jurisprudencia del Consejo de Estado fija unos parámetros para la interpretación y aplicación de la ley y por lo tanto, emerge como una fuente de derecho que propende por la garantía del principio de seguridad jurídica e igualdad ante la ley. Así pues, el Consejo de Estado, como órgano de cierre de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, está llamado a proferir sentencias de unificación en determinadas materias que requieren de la fijación de un criterio de interpretación que resulte razonable y uniforme para resolver casos de perfiles fácticos y jurídicos análogos.

Desde luego, el efecto vinculante y la obligatoriedad del precedente jurisprudencial también se aplica a la misma Corte de donde emana y por ello, cuando la misma se va a apartar de aquel o cuando va a fijar un nuevo precedente sobre determinada materia, adquiere la carga de argumentar con suficiencia las razones que la mueven para proceder en tal forma; es decir, el precedente no es inmutable pero un cambio en este supone la exposición de unas razones sustentables jurídicamente a fin de no defraudar la confianza legítima de los usuarios de la administración de justicia.

Al respecto, la Corte Constitucional ha considerado que *“... ante ciertas circunstancias específicas y bajo una estricta exigencia argumentativa, es posible que se modifiquen las reglas fijadas en los precedentes jurisprudenciales. Así las cosas, tales exigencias permiten, a su vez, reforzar los mismos principios de igualdad, buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, en la medida en que impiden que el precedente judicial se convierta en una materia discrecional.”*¹

En este caso, se observa que el Consejo de Estado en la sentencia de unificación proferida en el año 2019, expuso las razones por las cuales considera que el ingreso base de liquidación de la pensión de los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003, está constituido por el salario devengado en el último año de servicio con inclusión de los factores sobre los cuales se hizo el respectivo aporte al sistema de pensiones, los cuales no pueden ser otros que los definidos en la Ley 62 de 1985. De la exposición normativa que hace en dicha providencia, colige que no es dado liquidar la pensión sobre *“todos y cada uno de los devengados en el último año de servicio”* como se reconocía anteriormente por la Alta Corporación. Al respecto dice:

“Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”. Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.”

Aunado al anterior argumento, en cuanto a los efectos de dicha sentencia de unificación, dispuso lo siguiente:

¹ SU-406/16.

73. Como se dijo en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 28 de agosto de 2018, “La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política². Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio”. 74. En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables. /Líneas de la Sala/ 75. Como se ha dicho, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

Como puede verse, la sentencia de unificación debe aplicarse de manera inmediata, incluso en los casos que se encuentren en trámite administrativo o judicial porque frente a éstos no se predica el fenómeno de la cosa juzgada; luego, es un precedente que vincula a esta jurisdicción tanto en sentido horizontal como vertical.

Ha de colegirse entonces, que la sentencia de unificación proferida el 25 de abril de 2019 por el Consejo de Estado es la que orientará el análisis del caso concreto, tal y como aconteció en primera instancia.

2. Entidad obligada al pago de la pensión.

Frente al primer interrogante planteado, considera la Sala de Decisión que la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM debe asumir el pago de la reliquidación pensional en este caso, por las siguientes razones:

- a) El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 es diáfano al indicar que las prestaciones sociales las reconoce y paga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- b) El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin

²La Corte Constitucional ha reconocido la gran responsabilidad que tienen los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades de la rama judicial, puesto que la labor de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Sentencia T-123/95 citada en la Sentencia T-321/98. En la sentencia C-179 de 2016 reafirmó dicha tesis al exponer lo siguiente: «[...] la función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre, según el Texto Superior, (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de ley (CP arts. 86 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativos (CP arts. 236 y 237); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria (CP art. 235) [...]»

personería jurídica. Por tanto, es conclusión ineludible que judicialmente actúa a través de la Nación, y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación.

c) El artículo 288, superior, resalta que las competencias propias de la función administrativa se deben ejercer de conformidad con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley. En concordancia con el artículo 209 de la Constitución Política³.

d) En ese sentido, la Ley 489 de 1998 define los *Principios de la función administrativa*, acorde con los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia.

e) El Consejo de Estado, en providencia de 5 de marzo de 2015⁴, confirmó una decisión proferida en audiencia inicial por este Tribunal – Sala Oral, en la cual se declaró infundada la excepción denominada “no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios”. Veamos el aparte pertinente de la providencia mencionada.

[...] De acuerdo con lo regulado por el artículo 61 del Código General del Proceso y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, el litisconsorcio se considera necesario cuando tiene la connotación o importancia de impedir que el proceso se adelante si uno de los sujetos que integran la parte activa o pasiva y resulta afectado con la decisión, no está enterado del proceso; entonces, es requisito sine qua non que tal sujeto de la relación jurídica o acto jurídico integre el proceso y pueda ejercer sus derechos de defensa y debido proceso.

En este orden de ideas, se considera que en el caso que se decide, la Secretaría de Educación del ente territorial, no es litisconsorte necesario de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que es a ésta quien por ley está obligada al pago de las prestaciones sociales del magisterio, y que las secretarías de educación de los entes territoriales solo actúan como colaboradoras de la entidad nacional mencionada.

Así, pues, en el sub examine, el proceso se puede tramitar y decidir sin que se requiera la presencia, en este caso, de la Secretaría de Educación de Manizales como lo pretende la excepción formulada por la apoderada de la entidad demandada, pues, se repite, ésta no es litisconsorcio necesario de aquella. [...]”.

Así las cosas, se concluye en este punto que efectivamente es la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM quien debe asumir el pago de la reliquidación pensional deprecada por la parte actora.

3. Del régimen pensional aplicable a los docentes oficiales.

³“**Artículo 209.** La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, auto de 5 de marzo de 2015, Expediente N° 170012333000 201300654 01.

El Decreto 3135 de 1968, por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, para los empleados del orden nacional, en su artículo 27 dispuso:

“Pensión de jubilación o vejez. El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75 % del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio.

No quedan sujetas a esta regla general las personas que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley determine expresamente.”

Este artículo fue reglamentado por el 68 del Decreto 1848 de 1969, así:

“Derecho a la pensión. Todo empleado oficial que preste o haya prestado sus servicios durante veinte (20) años, continua o discontinuamente, en las entidades, establecimientos o empresas señaladas en el artículo 1 de este decreto, tiene derecho a gozar de pensión de jubilación al cumplir cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o cincuenta (50) años de edad, si es mujer.”

La Ley 33 de 1985, por la cual se dictaron algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el sector público, aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes, derogó, en forma expresa, los artículos 27 y 28 del Decreto 3135 de 1968 y, en forma tácita, el literal b) del artículo 17 de la Ley 6 de 1945 que, a su vez, fue reformada por la Ley 62 de 1985. Al respecto, la primera de las normas aquí citadas, dispuso:

“Artículo 1. El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco (75 %) por ciento del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

(...)

Parágrafo 2. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres y cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

Parágrafo 3. En todo caso, los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de esta ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta ley.”

Como puede observarse, ésta norma resulta aplicable a todos los empleados oficiales (del orden nacional, departamental o municipal) salvo, a quienes trabajen en actividades que, por su naturaleza, justifiquen la excepción que determine expresamente la ley ni a quienes disfruten de un régimen especial.

Posteriormente se expidió la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, mediante la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que en su artículo 15 estableció:

“Artículo 15. *A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:*

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones:

A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.” (Subraya la sala).

En el año 1993 se expidió la Ley 100, por la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral, en cuyo artículo 279 consagró:

“Artículo 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúan a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales a favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida...”

Los docentes fueron excluidos expresamente del Sistema Integral de Seguridad Social por ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de la pensión de vejez de éstos.

Por su parte, la Ley 115 del 8 de febrero de 1994 -Ley General de la Educación- dispuso:

“Artículo 115. Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales. En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores.”

De acuerdo con la parte final del inciso 1 del artículo 115, el régimen prestacional de los educadores es el contenido en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993, que remiten a las Leyes 33 y 62 de 1985 para los docentes nacionales, aplicables a los territoriales que no contaban con un régimen específico en sus respectivas circunscripciones.

Ahora bien, el Consejo de Estado⁵, mediante sentencia del 10 de octubre de 2018, consideró lo siguiente:

“{...} de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto, en materia de pensión de vejez de los docentes, ni la Ley 91 de 1989 ni la Ley 60 de 1993 consagraron un régimen especial. Tampoco lo hizo la Ley 115 de 1994⁶, pues en el artículo 115 no estableció condiciones excepcionales.⁷ Por esta razón, fuerza concluir que la pensión de jubilación de los docentes sigue sometida al régimen general previsto en la Ley 33 de 1985, de acuerdo con el cual continuaron adquiriendo su derecho a la pensión de jubilación ordinaria con 20 años de servicio y 55 de edad.

...

No obstante, la Ley 812 del 27 de junio de 2003⁸, por la cual se aprobó el plan de desarrollo, dispuso en el artículo 81 lo siguiente:

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en la ley 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Luego, el Acto Legislativo 1 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, elevó a rango constitucional las reglas contenidas en la Ley 812 de 2003, sin introducir ninguna modificación en el tema pensional. En el párrafo transitorio dispuso:

“El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficiales es el establecido para el magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada

⁵ Rad. 2015-00871. C.P. Rafael Francisco Suarez Vargas. Actor. María Victoria Bustamante García. Demandado. FNPSM.

⁶ Ley general de la educación.

⁷ “Art. 115 Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.”

⁸ Rad. 2015-00871. M.P. Rafael Francisco Suarez Vargas. Actor. María Victoria Bustamante García. Demandado FNPSM.

ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del sistema general de pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.”

En estos términos, reiteró el legislador que el régimen aplicable a los docentes vinculados al servicio público oficial es el consagrado en la Ley 91 de 1989. Sin embargo, a los docentes que se vinculen con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se les aplican las reglas contenidas en el artículo 81 de esta.”

Luego, el Consejo de Estado⁹ se volvió a pronunciar mediante sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, estableciendo lo siguiente:

“{...} La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”. Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.”

4. El caso concreto.

A la señora **María Elena Valencia de Hoyos** le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación mediante la Resolución N°. 3051 del 12 de mayo de 2010. El retiro definitivo del servicio se produjo mediante la Resolución 2654-6 del 5 de abril de 2016 a partir del

⁹ consejo de estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, CP: césar palomino cortés, Sentencia de unificación Sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019, Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019), Expediente: 680012333000201500569-01, N.º Interno:0935-2017, Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Demandante: Abadía Reynel Toloza, Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –Fomag

18 de abril de 2016. Posteriormente, a través de la Resolución No. 6880 – 6 del 2 de septiembre de 2016, le fue reliquidada dicha prestación con base en el sueldo mensual, prima de navidad, prima de vacaciones, subsidio de alimentación y bonificación mensual, sin inclusión de otros factores salariales. (fl. 20, C. 1)

Por tal razón, reclama en su favor el derecho a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios anterior al retiro definitivo del servicio, incluida la prima de servicios devengada conforme se acredita con el comprobante de pago visible a folio 21 del cuaderno 1.

En atención al criterio fijado por el Consejo de Estado en las sentencias ya referidas, esta Sala de Decisión colige que la demandante no tiene derecho a que su pensión se reliquide con todos aquellos rubros constitutivos del salario devengado en el año de servicios y las razones son las siguientes:

Como se señaló anteriormente, la norma que ampara la situación particular de la parte accionante es la contenida en las Leyes 91 de 1989, la Ley 33 y 62 de 1985.

El parágrafo B. del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 establece:

B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.”

El artículo 1 de la Ley 33 de 1985 establece:

“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”

Por su parte, el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, dispone:

*“Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.** En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.” (Subraya la Sala)*

La Sección Segunda de la Alta Corporación, en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, consideró que el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y, por ende, para establecer la cuantía de las pensiones de los servidores públicos debían incluirse todos los factores percibidos de manera habitual, como contraprestación por sus servicios.

Sin embargo, esta posición como ya se dijo, fue revaluada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de unificación¹⁰, en la cual fijó la siguiente regla jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición:

“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”.

El Consejo de Estado en esta nueva oportunidad consideró que la tesis adoptada en la referida sentencia de unificación de la Sección Segunda, proferida el 4 de agosto de 2010, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social: **“dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.”** (Subraya la sala).

Así, en la mencionada sentencia se precisó que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Fundó la nueva tesis en el artículo 1 de la Constitución Política que consagra la solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho, en concordancia con el artículo 48 constitucional que define la Seguridad Social como *“un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”.*

Agregó que *“la interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, sólo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.”*

Y concluyó que el tomar en cuenta sólo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho

¹⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de agosto de 2018. Consejero ponente: César Palomino Cortés. Expediente 2012-00143-01. Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro.

irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe garantizar el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

Indica que, con esta interpretación “(i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.”

En consonancia con lo anterior, mediante la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, la Alta Corporación retomó el tema para sentar la regla jurisprudencial según la cual “*En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo. /Líneas de la Sala/*

En tal sentido, tomando en cuenta las consideraciones del Consejo de Estado, esta Corporación advierte que no es procedente la reliquidación de la pensión de la parte demandante, dado que los factores cuya inclusión solicita en la demanda (Prima de servicios) se encuentra por fuera de los establecidos en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985. Esto es, la entidad solamente estaba obligada a incluir los factores enlistados en la referida norma, que hubiesen sido devengados en el año anterior al retiro del servicio y sobre los cuales se hubiese realizado el respectivo aporte al sistema de pensiones.

En consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia.

5. Costas en segunda instancia.

No habrá condena en costas en esta instancia pues no se observa que las mismas se hayan causado.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia del 19 de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales dentro del proceso que en

ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho fue promovido por la señora **María Elena Valencia de Hoyos** contra la **Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

Notifíquese y cúmplase

Discutida y aprobada en Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.

Los integrantes de la Sala Segunda de Decisión,

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN ORAL
Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación	17-001-33-39-007-2018-000400-02
Demandante	Yanile Grajales García
Demandado	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia	Sentencia No. 77

Decide la Sala oral el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales Caldas el 26 de septiembre de 2019, mediante la cual negó las súplicas de la parte demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicita:

*“1. Declarar la nulidad del acto ficto configurado el día **17 DE MAYO DE 2018**, frente a la petición presentada el día **17 DE FEBRERO DE 2018**, en cuanto negó el derecho a pagar la **SANCIÓN POR MORA** a mi mandante establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.*

*2. Declarar que mi representado tiene derecho a que la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE MANIZALES**, le reconozca y pague la **SANCIÓN POR MORA** establecida en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los **SETENTA (70) días hábiles** después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.*

CONDENAS

1. *Condenar a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** a que se le reconozca y pague la **SANCIÓN POR MORA** establecida en la **Ley 244 de 1995** y la **Ley 1071 de 2006**, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los **SETENTA (70) días hábiles** después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma. [...]*

2. Hechos.

Mediante la Resolución No. 5190-6 del 11 de julio de 2017, le fue reconocida la cesantía parcial; cesantía que fue pagada el día 04 de octubre de 2017.

Se aduce que la demandante solicitó la cesantía el día 30 de mayo de 2017, fecha a partir de la cual la entidad contaba con setenta (70) días hábiles para el reconocimiento y pago de las cesantías que otorga la ley aplicable al caso, sin embargo indican que dicho término venció el 13 de septiembre de 2017 y el pago de la cesantías se efectuó el día 04 de octubre de 2017, en consecuencia transcurrieron veintiún (21) días de mora.

Manifestó que luego de haber solicitado el reconocimiento y pago de la sanción moratoria a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, ésta guardó silencio y por ende se configuró un acto administrativo ficto negativo.

3. Normas Violadas y Concepto de Violación

Considera vulneradas las siguientes:

Constitución Política

Artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989.

Artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995.

Artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Consideró que las entidades obligadas a responder por dicha prestación a los afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, han estado menoscabando las disposiciones que regulan la materia, al incurrir en una mora injustificada en el pago de las prestaciones sociales.

Sostuvo que la Ley 1071 del 2006 fue desconocida por parte de las entidades demandadas tanto en el trámite de reconocimiento y pago de las cesantías, como en la negativa y pago de los intereses moratorios, que a su vez, se desconoció el artículo 4 que habla de un

término de quince (15) días para el reconocimiento de las cesantías y los cuarenta y cinco (45) días hábiles para cancelar dicha prestación social; recalcando que se desconocieron tales términos a pesar de su perentoriedad.

4. Contestación de la Demanda

4.1. Departamento de Caldas.

Por medio de apoderado judicial contestó la demanda de la referencia oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones.

Sostiene que para el reconocimiento de cualquier prestación social docente se radica una solicitud ante la Secretaría de Educación del ente territorial certificado, quien elabora el acto administrativo y lo remite a la fiduciaria que se encuentre encargada del manejo y administración de los recursos del fondo, quien para el caso concreto es la Fiduprevisora S.A.

Como excepciones formuló las siguientes: *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”* fundamenta la excepción en el hecho de que la Secretaría de Educación no tiene competencia ni está autorizada legalmente para desembolsar dineros ni reconocer derechos; *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY”* señala que no se puede aplicar una norma de carácter general de los servidores públicos, al sector docente y más cuando los últimos poseen un régimen especial que regula el reconocimiento y pago de las cesantías; *“BUENA FE”* y *“PRESCRIPCIÓN”*. (Fls. 47-50, C. 1)

4.2. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La entidad demandada guardó silencio.

5. Sentencia de Primera Instancia

La Juez Séptima Administrativa del Circuito de Manizales dictó sentencia resolviendo lo siguiente:

“[...]”

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda formuladas dentro de los procesos radicados con los números **2018-00400** [...] donde son accionantes la señora **YANILE GRAJALES GARCIA** [...]

Para sustentar la decisión, el *a quo* encontró demostrado que la docente solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías el día 30 de mayo de 2017 (fl 21, C. 1) y por tanto los 70 días hábiles con que contaba la entidad para reconocer y pagar dicha prestación, se vencieron el 13 de septiembre de 2017; entre tanto, el certificado del Banco BBVA (fl. 23, C. 1) da cuenta de que el pago se hizo el 01 de septiembre de 2017, es decir, dentro de la oportunidad legal y jurisprudencial establecida para ello. (fls. 60 Vlto a 66, C. 1)

6. Recurso de Apelación.

Inconforme con la decisión adoptada en la sentencia de primera instancia, la parte demandante presentó recurso de apelación al considerar que hasta el 13 de septiembre de 2017 la entidad tenía plazo para efectuar el pago de la cesantía y ello solamente se produjo el 4 de octubre de 2017, vale decir, con 20 días de mora. En esta última fecha la demandante hizo el retiro del dinero en el banco BBVA de acuerdo al comprobante que obra en el expediente, lo cual confirma que se generó una mora de 20 días en el pago efectivo de la referida prestación.

Indica que el *a quo* tuvo en cuenta como fecha de pago el 1 de septiembre de 2017 cuando las cesantías quedaron a disposición en el banco BBVA, pero pasa por alto que el FNPSM no realizó ninguna notificación sobre la consignación de esos recursos en la entidad financiera; precisa que el 4 de octubre de 2017 la demandante se enteró de la consignación y en esa misma fecha procedió a hacer el retiro respectivo.

Advierte que en varias ocasiones la demandante acudió al banco a averiguar por la consignación de sus cesantías sin obtener noticia de la consignación de las mismas; ello, con un agravante, y es que debía desplazarse para dicho efecto hasta la ciudad de Manizales desde el municipio de Pensilvania, Caldas, lo cual le implicó un desgaste injustificado. Por lo anterior, insiste en el derecho al pago de los intereses moratorios. (fls. 74-81, C. 1)

7. Alegatos de Conclusión Segunda Instancia

7.1. Parte demandante.

Insistió en los argumentos del recurso de apelación.

7.2. Parte demandada.

Guardó silencio

II. Consideraciones

1. Cuestión previa.

Resulta importante indicar que, en asuntos similares al aquí estudiado, existen pronunciamientos por parte de éste Tribunal Administrativo – Sala Oral, en sentencias de primera instancia proferidas en audiencia simultánea llevada a cabo el día 07 de marzo de 2013¹, relacionadas con el pago tardío de las cesantías parciales, y se llegó a las siguientes conclusiones, las cuales se tendrán como precedente para el análisis del caso sub-examine:

- 1) Es aplicable por identidad o analogía la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 27 de marzo 2007, con ponencia de Jesús María Lemus², y por tanto, la jurisdicción de lo contencioso administrativo debe y puede conocer de la presente controversia, a la luz del artículo 104 del CPACA, y en sede de juicio ordinario declarativo, medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 del CPACA.
- 2) La Ley 1071 de 2006 es aplicable en su integridad al régimen especial de los docentes, y por tanto, se debe acatar el mandato legal allí contenido, relacionado con el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías parciales y definitivas.
- 3) Acorde con lo indicado en la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, “(...) *el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas (...)*”. Claro está, previo descuento de un total de 65³ días hábiles, transcurridos los cuales, se causará la sanción moratoria.

2. Problemas Jurídicos:

¹Sala Oral del Tribunal Administrativo de Caldas. Ponente: William Hernández Gómez. Radicados 17001-23-33-000-2012-00012-00 y 17001-23-33-000-2012-00080-00 demandado Nación-Ministerio de Educación – FNPSM – Ver también la sentencia del veintiséis (26) de agosto de 2015 M.P. William Hernández Gómez Rad: 2015-189.

²Sala Plena del Consejo de Estado. Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Sentencia del 27 de marzo de 2007. Radicación número: 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). Demandante: José Bolívar Caicedo Ruiz. Demandado: Municipio de Cali.

³ O de 70 días si la solicitud fue presentada en vigencia del C.P.A.C.A., pues en estos casos el término de ejecutoria de la Resolución de reconocimiento es de 10 días.

Teniendo claridad en lo expuesto anteriormente, compete a la Sala determinar conforme el recurso de apelación interpuesto, los siguientes interrogantes:

- 2.1. ¿Debe la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM asumir el pago de la sanción moratoria contenida en la Ley 1071 de 2006, por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías reconocidas a la parte demandante?
- 2.2. ¿Las razones expuestas por la Nación, Ministerio de Educación, FNPSM, justifican el reconocimiento y pago extemporáneo de las cesantías a la parte demandante?
- 2.3. ¿A partir de cual fecha se causaría la sanción moratoria?

3. Primer problema jurídico

Frente al primer interrogante planteado, considera la Sala de decisión que la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM debe asumir el pago de la sanción moratoria por las siguientes razones:

- a) El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 es diáfano al indicar que las prestaciones sociales las reconoce y paga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- b) El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica. Por tanto, es conclusión ineludible que judicialmente actúa a través de la Nación, y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación.
- c) El artículo 288, superior, resalta que las competencias propias de la función administrativa se deben ejercer de conformidad con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley. En concordancia con el artículo 209 de la Constitución Política⁴.
- d) En ese sentido, la Ley 489 de 1998 define los *Principios de la función administrativa*, acorde con los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad,

⁴“**Artículo 209.** La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

responsabilidad y transparencia.

e) El Consejo de Estado, en providencia de 5 de marzo de 2015⁵, confirmó una decisión proferida en audiencia inicial por este Tribunal – Sala Oral, en la cual se declaró infundada la excepción denominada “no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios”. Veamos el aparte pertinente de la providencia mencionada.

“[...] De acuerdo con lo regulado por el artículo 61 del Código General del Proceso y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, el litisconsorcio se considera necesario cuando tiene la connotación o importancia de impedir que el proceso se adelante si uno de los sujetos que integran la parte activa o pasiva y resulta afectado con la decisión, no está enterado del proceso; entonces, es requisito sine qua non que tal sujeto de la relación jurídica o acto jurídico integre el proceso y pueda ejercer sus derechos de defensa y debido proceso.

En este orden de ideas, se considera que en el caso que se decide, la Secretaría de Educación del ente territorial, no es litisconsorte necesario de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que es a ésta quien por ley está obligada al pago de las prestaciones sociales del magisterio, y que las secretarías de educación de los entes territoriales solo actúan como colaboradoras de la entidad nacional mencionada.

Así, pues, en el sub examine, el proceso se puede tramitar y decidir sin que se requiera la presencia, en este caso, de la Secretaría de Educación de Manizales como lo pretende la excepción formulada por la apoderada de la entidad demandada, pues, se repite, ésta no es litisconsorcio necesario de aquella. [...]”.

Así las cosas, se concluye en este punto que efectivamente es la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM quien debe asumir el pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006, por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías reconocidas a la parte demandante.

4. Segundo problema jurídico.

En torno al reconocimiento y pago de las cesantías a la parte demandante, advierte este Tribunal lo siguiente:

- La Ley 91 de 1989 regula con máxima claridad que las prestaciones sociales del magisterio son de cargo de la Nación, y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- El numeral 5 del artículo 2º y el artículo 5º de la Ley 91 de 1989 disponen lo siguiente:

*“**Artículo 2º.**- De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:
[...]*

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, auto de 5 de marzo de 2015, Expediente N° 170012333000 201300654 01.

5.- Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieron sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.”

“Artículo 5º.- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:

1.- Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado...”

- Según el artículo 4º de la Ley 1071, la entidad a cargo tendrá un plazo máximo de quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, para expedir la resolución correspondiente, si el solicitante reúne todos los requisitos determinados en la ley. Al respecto se resalta:

“... Artículo 4º. Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo...”
(Subrayado fuera de texto).

- Así mismo, el artículo 5º de la ley 1071 de 2006 regula que para efectuar el pago, la entidad tendrá un plazo máximo de 45 días hábiles, a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo que lo ordena. Dice la norma:

“Artículo 5º. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro...”

- La Ley 1071 de 2006 es una típica regla o norma jurídica de acción⁶, y por tanto está destinada a evitar la ponderación por parte de la administración, porque son concluyentes y perentorios los términos allí establecidos, cuando se dan las condiciones de aplicación, en este caso, del reconocimiento y pago oportuno de las cesantías. Por

⁶ Las normas antes citadas están compuestas por enunciados que caracterizan las normas deónticas o regulativas, esto es, mandar, permitir, prohibir, o castigar (art. 4º L. 57 de 1887). Kelsen destacaba que la auténtica norma tiene consecuencias jurídicas, y a ello llamó la norma jurídica completa⁶. Por su parte Dworkin resaltó que las reglas de derecho, contrario a los principios, son mandatos de carácter binario, esto es, que se cumplen o no se cumplen; y Manuel Atienza sostiene que “[...] Las reglas de acción permiten simplificar el proceso de decisión de quien debe comportarse de acuerdo con ellas (el de quien debe cumplirlas o controlar su cumplimiento): lo único que debe hacer es comprobar si se han dado o no determinadas condiciones para hacer o dejar de hacer una determinada acción, desentendiéndose de las consecuencias, esto es, del proceso causal que va a desencadenar su comportamiento [...]”⁶.

ello los órganos jurisdiccionales deben dar aplicación a la norma jurídica, en razón de su fuente y mandato incuestionable⁷.

- En la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, citada como precedente para este asunto, se precisó: “[...] *En este sentido cabe afirmar que la Ley 244 de 1995, artículo 1, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los trabajadores [...]*”⁸.

La anterior afirmación también se predica de la Ley 1071 de 2006⁹ (arts. 4, 5 y 6).

- En la exposición de motivos del proyecto de ley que a la postre se convirtió en la Ley 244 de 1995, la cual fue adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, se precisó que la finalidad de la norma es la de lograr el pago puntual de las cesantías del servidor público, mediante un cronograma y un procedimiento ágil, que eviten que éste reciba una suma devaluada.

“[...] Si bien es cierto el inciso tercero del artículo 53 de la Constitución Nacional establece que ‘...el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales...’, ello no significa que las demás prestaciones y retribuciones por el trabajo no deban ser pagadas oportunamente. Todo lo contrario, los salarios y prestaciones sociales deben ser pagados oportunamente entre otras razones porque ese fruto es el sustento de los trabajadores y de sus familias.

No obstante lo anterior, la vida diaria enseña que una persona especialmente en relación a los servidores públicos, comienza un largo proceso de burocracia y de tramitología para lograr el cobro de sus cesantías, bien porque requiera la liquidación parcial o porque ha terminado su vinculación laboral con la administración; circunstancias éstas que traen consigo, como es sabido, la posibilidad y efectividad de corrupción, porque ante la necesidad económica del trabajador, se hace presente la mordida o coima para los funcionarios que están en la obligación de hacer esos trámites [...]”¹⁰.

- El reconocimiento y pago oportuno, de que trata el artículo 6º de la ley 1071 de 2006, no se opone al cumplimiento del orden en que debe pagarse, porque la teleología de la norma es la pronta atención de las solicitudes de liquidación de las cesantías (parciales o definitivas).

No se puede olvidar que las cesantías son ahorros del servidor público, que está

⁷ *Ibidem*. Atienza. pp.32, 35.

⁸ Sala Plena del Consejo de Estado. Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Sentencia del 27 de marzo de 2007. Radicación número: 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). Demandante: José Bolívar Caicedo Ruíz. Demandado: Municipio de Cali.

⁹ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”

¹⁰ Gaceta del Congreso 225 de 1995, página 1.

administrando el Estado - patrono, para entregar al servidor en el momento que lo necesite, bien cuando quede cesante de manera definitiva, o bien en los eventos contemplados en la ley, que autoriza el anticipo parcial de las mismas, por vivienda o educación, básicamente.

- Si una regla jurídica es válida, dice Robert Alexy¹¹, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos.

En consecuencia, advierte este Tribunal que la Ley 1071 de 2006 es una regla de acción, con mandatos perentorios de términos dentro de los cuales debe reconocerse y pagarse las cesantías, los cuales deben cumplirse, so pena de la sanción moratoria de que trata el parágrafo del artículo 5º ibídem¹².

4.1. Precedente jurisprudencial aplicable.

El Consejo de Estado se pronunció en asunto similar al presente en sentencia del 22 de enero de 2015, Magistrada Ponente: Dra. Sandra Liseeth Ibarra Vélez, Radicación número: 73001-23-31-000-2013-00192-01(0271-14), Demandante: Yaneth Lucía Gutiérrez Gutiérrez, Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Ibagué (Tolima).

En el mencionado caso una docente solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías. En dicha providencia el Consejo de Estado aplica las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, concretamente en los términos a los que se debe sujetar la entidad para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas en un caso específico de una docente, como en el sub-lite.

Es decir, al ser los docentes servidores públicos, se encuentran dentro del campo de aplicación de las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, por lo tanto, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como entidad encargada del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes, debe cumplir los términos previstos en los artículos 1º y 2º de la Ley 244 de 1995 al igual que los artículos 4º y 5º de la ley 1071 de 2006, cuyo incumplimiento genera la sanción por la mora regulada en dicha normativa.

De conformidad con lo anterior, el Tribunal se acoge a la tesis expuesta del Consejo de

¹¹ Alexy, Robert. (1988): Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. En Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho, nº 5, pp. 143 - 144. http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf
¹² “[...] PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este. [...]”.

Estado, la cual resulta igualmente acorde con la línea argumentativa que ha sostenido como precedente horizontal, frente a la sanción moratoria por el no pago oportuno de cesantías de los docentes.

5. Tercer problema jurídico.

El Tribunal de nuevo invoca como precedente altamente persuasivo, la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, denominada de interés jurídico, del 27 de marzo 2007, con ponencia del doctor Jesús María Lemos¹³, en la que se argumentó que si el reconocimiento y pago de las cesantías es tardío, entonces se debe contabilizar el término para efectos de la sanción moratoria, desde la fecha de presentación de la solicitud de liquidación o anticipo de las cesantías.

Las principales razones expuestas por el Consejo de Estado, y que comparte plenamente el Tribunal Administrativo de Caldas, son las siguientes:

1. Se recalca que la regla jurídica de acción, con enunciados deónticos regulativos, contenidos en la Ley 1071, tiene como teleología establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas o parciales. Por ello la administración debe expedir la resolución en forma oportuna. La falta de respuesta o las respuestas evasivas acarrearán perjuicio al peticionario.

Dice la sentencia de Sala Plena del Consejo de Estado: “[...] *Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995 (léase L. 1071), el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria.[...]*” (Subrayado fuera de texto)

Más adelante precisa la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado: “[...] *Para la Sala resulta claro que ante la ausencia de pronunciamiento sobre la liquidación de las cesantías*

¹³ Sala Plena del Consejo de Estado. Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Sentencia del 27 de marzo de 2007. Radicación número: 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). Demandante: José Bolívar Caicedo Ruíz. Demandado: Municipio de Cali.

definitivas deben contarse los términos en la forma indicada para que la norma tenga efecto útil y hacer efectiva la capacidad conminatoria de la sanción prevista por la Ley 244 de 1995, pues, de no acudirse a este medio, el cometido proteccionista de los derechos del servidor público que animó a la ley, se vería, paradójicamente, burlado por la propia ley dado que la administración simplemente se abstendría de proferir la resolución de reconocimiento de las cesantías definitivas para no poner en marcha el término para contabilizar la sanción, produciéndose un efecto perverso con una medida instituida para proteger al ex servidor público cesante. [...]”

Ahora bien, el reconocimiento de las cesantías comprende varias sub etapas a saber: expedición del acto administrativo de reconocimiento, para lo cual la administración dispone de un término de 15 días; notificación de dicho acto administrativo, dentro del término que corresponda según se trate de notificación personal, por aviso o por medios electrónicos; ejecutoria del acto administrativo que será de 5 días si la petición de cesantías se hizo en vigencia del C.C.A., o de 10 días si lo propio de hizo en vigencia del CPACA; Si se interponen recursos en vía gubernativa, la administración cuenta con un término de 15 días para resolverlos; finalmente, ejecutoriado el acto administrativo de reconocimiento, comienza a correr el término de 45 días para el pago efectivo de la cesantía, sea esta parcial o definitiva.

Mediante sentencia de unificación, el Consejo de Estado se ha encargado de precisar el modo en que han de computarse los términos en cada sub etapa, a efectos de establecer el momento a partir del cual se genera la mora por parte de la Administración.

Es así como mediante la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018¹⁴, la Alta Corporación condensó su análisis sobre el tema en el siguiente cuadro:

HIPOTESIS	NOTIFICACION	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
PETICIÓN SIN RESPUESTA	No aplica	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EXTEMPORANEO (después de 15 días)	Aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del termino de pago	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Personal	10 días, posteriores a la notificación	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Electrónica	10 días, posteriores a certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Aviso	10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la entrega del aviso
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores al intento de notificación personal ¹⁵	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto
ACTO ESCRITO	Renunció	Renunció	45 días después de la renuncia	45 días desde la renuncia
ACTO ESCRITO	Interpuso recurso	Adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso
ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER	Interpuso recurso	Adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	61 días desde la interposición del recurso

En el caso concreto se tiene acreditado:

1. La solicitud de pago de las cesantías se presentó el día 30 de mayo de 2017 (FI. 21, C.1). Luego entonces, los 15 días para la expedición del acto administrativo se cumplieron el 21 de junio de 2017; no obstante, la entidad expidió la resolución de reconocimiento No. 5190-6 el 11 de julio de 2017.
2. Dado lo anterior y atendiendo la sentencia de unificación ya referida, en este caso se contabilizan los términos así:

HIPOTESIS	NOTIFICACION	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
PETICIÓN SIN RESPUESTA	No aplica	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de Unificación por Importancia Jurídica, proferida el 18 de julio de 2018.

¹⁵ Se consideran los supuesto de los artículos 68 y 69 del CPACA según los cuales, la entidad tuvo 5 días para citar al peticionario a recibir notificación personal, 5 días más para que comparezca, 1 día para entregarle el aviso, y 1 día para perfeccionar la notificación por este medio. Estas diligencias totalizan 12 días.

3. De lo anterior se deduce, que el plazo total de 70 días hábiles posteriores a la fecha de solicitud, dentro de los cuales se debió reconocer y pagar las cesantías definitivas, se cumplieron el día 13 de septiembre de 2017.
4. Mediante certificación del 9 de septiembre de 2021, expedida por la Fiduprevisora en cumplimiento al requerimiento efectuado por este Tribunal, se indica lo siguiente:

En atención a su solicitud de la referencia, cordialmente nos permitimos certificar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio programó pago de Cesantía PARCIAL reconocida por la Secretaria de Educación de CALDAS, al docente GRAJALES GARCIA YANILE identificado con CC No. 24869885, Mediante Resolución No. 5190 de fecha 11 de Julio de 2017, quedando a disposición a partir del 07 de Septiembre de 2017 por valor de \$15,000,000.

Igualmente se verificó en el sistema que se realizó el reintegro por no cobro.

5. Con dicha certificación queda demostrado que la parte demandada consignó oportunamente las cesantías de la parte actora en entidad bancaria, quedando las mismas a disposición de aquella desde el 7 de septiembre de 2017, vale decir, días antes de que se venciera el término legal de 70 días previsto para dicho efecto.

Así las cosas, es claro que en este caso hubo una reprogramación del pago de esa prestación comoquiera que el dinero fue reintegrado a la Fiduprevisora por el no cobro oportuno por parte de la interesada; circunstancia que en todo caso no le es atribuible a la entidad demandada porque a partir de la notificación del acto administrativo de reconocimiento, el pago podía verificarse sin que se exigiese una notificación adicional, que además no prevé la ley. Luego entonces, era carga de la docente el estar pendiente de la consignación que se hiciera a su nombre en la entidad bancaria sin que necesariamente tuviere que acudir personalmente a ella dadas las herramientas virtuales que facilitan dicha consulta.

En consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia en tanto niega las pretensiones de la parte demandante.

6. Costas y Agencias en Derecho

No se condena en costas en esta instancia comoquiera que no se observa que las mismas se hubiesen causado.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Confirmar la sentencia proferida el 26 de septiembre de 2019 por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Yanile Grajales García contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FNPSM y otro.

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase

Discutido y aprobado en Sala de Ordinaria de Decisión celebrada en la fecha.

Los magistrados,

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala de Decisión Oral

Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Radicación:	17-001-33-39-001-2018-00505-02
Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Luz Mary Valencia Martínez
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia:	Sentencia No. 76

Asunto

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el 28 de noviembre de 2019, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicita:

“1. Declarar la nulidad del acto administrativo ficto, surgido con ocasión de la petición de fecha 08 de mayo de 2018, la cual fue subsanada el día 15 de junio de 2018, a petición de la Secretaría de Educación Municipal aportando el nuevo formato de la solicitud de ajuste de pensión por inclusión de factores salariales; en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional reconocida a mi mandante, por cuanto no incluyó la BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS conforme lo reconocido por medio de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas de fecha 27 de junio de 2014, y la bonificación mensual, según decreto N° 1566 del 01 de junio de 2014, percibida en el último año de servicio al cumplimiento del status pensional.

*2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que **la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, le reconozca y pague la reliquidación de su Pensión Vitalicia de Jubilación, incluyendo los factores salariales, BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS Y LA BONIFICACION MENSUAL, SEGÚN DECRETO N° 1566 DEL 01 DE JUNIO DE 2014, a partir del 19 de agosto de 2014 (fecha status pensionado).*

A TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, SÍRVASE:

1. *Condenar a LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a que le reconozca y pague una Reliquidación de la Pensión Vitalicia de Jubilación, a partir del 19 de agosto de 2014 (fecha status pensionado), incluyendo los factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el status jurídico de pensionado y los reconocidos a través de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas de fecha 27 de junio de 2014.*
2. *Condenar a LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que en el caso concreto extienda el reconocimiento al pago de la bonificación por servicios prestados y la bonificación mensual, según decreto N° 1566 del 01 de junio de 2014, las cuales no fueron tenidas en cuenta en la resolución que reconoció la prestación.*

[...]"

2. Hechos.

Se relataron los que a continuación se resumen:

Manifestó el apoderado que su mandante prestó sus servicios a la docencia oficial, cumpliendo con los requisitos exigidos para que le fuera reconocida pensión de Jubilación.

Refirió que la entidad demandada al momento de determinar la cuantía de la pensión de jubilación, incluyó solo la asignación básica; omitiendo tener en cuenta la prima de navidad, prima de vacaciones, la prima de servicios, las horas extras, la bonificación por servicios prestados y la bonificación mensual, devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el estatus pensional y los reconocidos a través de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas el 27 de junio de 2014. Efectuada la reliquidación se omitió nuevamente la bonificación mensual y la bonificación por servicios.

3. Normas violadas

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

Ley 91 de 1989 Artículo 15

Ley 33 de 1985 Artículo 1º.

Ley 62 de 1985

Decreto Nacional 1045 de 1978.

Indica que la Ley 33 de 1985 no consagra taxativamente los factores salariales que forman parte de la base de liquidación de la pensión de vejez y por lo tanto se deben incluir todos aquellos factores devengados en el último año de servicio como se

desprende de la sentencia del Consejo de Estado, proferida el 4 de agosto de 2010 por el Magistrado Víctor Hernando Alvarado Ardila.

4. Contestación de la demanda.

4.1. La Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Guardó silencio.

5. Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 28 de noviembre de 2019, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Manifestó que a la demandante le aplica el régimen pensional de la Ley 33 de 1985 en consideración a la fecha de ingreso al servicio docente; y frente a los factores salariales se le aplica la Ley 62 de 1985. Todo lo anterior, acogiendo la postura del Consejo de Estado, vertida en providencias que para el efecto se sirve citar. Indicó que a la parte actora le fue reconocida la pensión de vejez con inclusión de la asignación básica y que durante el año estatus devengó la prima de navidad, vacaciones, servicios, bonificación mensual y horas extras.

El a quo estimó que la entidad no está obligada a incluir la prima de servicios comoquiera que ésta no se encuentra taxativamente señalada en la Ley 62 de 1985, norma que establece los factores sobre los cuales ha de hacerse los descuentos para pensión y aquellas no están enlistados en la citada norma. Además, el Decreto 1545 de 2013 mediante el cual se estableció dicha prima, la excluyó en su artículo 5 como factor para la liquidación de la pensión.

En cuanto a la bonificación mensual consideró que le asiste derecho a la demandante a que la misma sea incluida en el ingreso base de liquidación de la pensión toda vez que el Decreto 1566 de 2014 la establece como factor de salario y de aportes obligatorios sobre los pagos que se efectúen por ese concepto. También estimó procedente la inclusión de las horas extras por estar ellas previstas en la Ley 65 de 1985. (fls.48-61, C. 1)

No se pronunció sobre la bonificación por servicios prestados y por esa razón la parte actora solicitó la corrección de la sentencia mediante memorial radicado en dicho Despacho el 12 de diciembre de 2019, precisando que en caso de no accederse a dicho petitum, se le diera al memorial el trámite de un recurso de apelación. (fls. 70-72, C. 1)

En proveído del 5 de febrero de 2020, el Juzgado de conocimiento resolvió no corregir la sentencia de primera instancia al estimar que ello resultaba improcedente pues al revisar la fijación del litigio efectuada en la audiencia inicial, se observa que en el numeral tercero no se relacionó la bonificación por servicios prestados como factor salarial (f. 51, C. 1). Agregó que, revisado en certificado de salarios No. 3558 (fl. 28) no se encuentra que dicho factor hubiese sido devengado por la parte actora en el año estatus. (fl. 73, C. 1)

6. Recurso de Apelación

La parte demandante apeló la sentencia de primera instancia al no haberse ordenado en ella la inclusión de la bonificación por servicios prestados como factor de liquidación de su pensión de vejez, a pesar de que ello hizo parte de las pretensiones plasmadas en el escrito de demanda. (fls. 71-72, C-. 1)

7. Alegatos de conclusión segunda instancia.

7.1. Parte demandante.

Indica que la bonificación por servicios prestados es un factor contemplado en la Ley 62 de 1985 y por lo tanto debe ser incluida en la reliquidación de su pensión tal y como fue solicitado en la demanda. Aduce que con las pruebas allegadas al proceso quedó demostrado que la demandante sí devengó la bonificación por servicios prestados y las horas extras en el año anterior al retiro definitivo del servicio e incluso la administración procedió con el pago del retroactivo por dicho concepto, descontando los aportes de ley correspondientes, carga que en todo caso es del empleador y su omisión – dado el caso- no puede atribuírsele al trabajador. (fls. 7-8, C. 2)

La parte demandada no intervino en esta etapa procesal; tampoco lo hizo el Ministerio público.

II. Consideraciones

Teniendo en cuenta el argumento planteado en el recurso de apelación, los problemas jurídicos a resolver en esta instancia se contraen a los siguientes:

- i) ¿La sentencia de unificación SUJ-014-S2-2019 del 25 de abril de 2019, proferida por el Consejo de Estado, tiene efecto vinculante frente a quienes presentaron la demanda con anterioridad a su expedición?

- ii) ¿Debe la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM asumir el pago de la reliquidación de la pensión de vejez deprecada por la parte demandante?
- iii) ¿Cuáles son los factores salariales que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación de la parte demandante?
- iv) ¿De encontrarse demostrado que la parte demandante tiene derecho a que se incluya la bonificación por servicios prestados como factor de liquidación de su pensión de vejez, resulta procedente proveer sobre la misma de cara a la fijación del litigio realizada en primera instancia?

1. Precedente jurisprudencial vinculante.

Ciertamente, la jurisprudencia del Consejo de Estado fija unos parámetros para la interpretación y aplicación de la ley y por lo tanto, emerge como una fuente de derecho que propende por la garantía del principio de seguridad jurídica e igualdad ante la ley. Así pues, el Consejo de Estado, como órgano de cierre de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, está llamado a proferir sentencias de unificación en determinadas materias que requieren de la fijación de un criterio de interpretación que resulte razonable y uniforme para resolver casos de perfiles fácticos y jurídicos análogos.

Desde luego, el efecto vinculante y la obligatoriedad del precedente jurisprudencial también se aplica a la misma Corte de donde emana y por ello, cuando la misma se va a apartar de aquel o cuando va a fijar un nuevo precedente sobre determinada materia, adquiere la carga de argumentar con suficiencia las razones que la mueven para proceder en tal forma; es decir, el precedente no es inmutable pero un cambio en este supone la exposición de unas razones sustentables jurídicamente a fin de no defraudar la confianza legítima de los usuarios de la administración de justicia.

Al respecto, la Corte Constitucional ha considerado que *“... ante ciertas circunstancias específicas y bajo una estricta exigencia argumentativa, es posible que se modifiquen las reglas fijadas en los precedentes jurisprudenciales. Así las cosas, tales exigencias permiten, a su vez, reforzar los mismos principios de igualdad, buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, en la medida en que impiden que el precedente judicial se convierta en una materia discrecional.”*¹

En este caso, se observa que el Consejo de Estado en la sentencia de unificación proferida en el año 2019, expuso las razones por las cuales considera que el ingreso

¹ SU-406/16.

base de liquidación de la pensión de los docentes vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2003, está constituido por el salario devengado en el último año de servicio con inclusión de los factores sobre los cuales se hizo el respectivo aporte al sistema de pensiones, los cuales no pueden ser otros que los definidos en la Ley 62 de 1985. De la exposición normativa que hace en dicha providencia, colige que no es dado liquidar la pensión sobre “*todos y cada uno de los devengados en el último año de servicio*” como se reconocía anteriormente por la Alta Corporación. Al respecto dice:

“Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 “Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones”. Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.”

Unido a lo anterior argumento, en cuanto a los efectos de dicha sentencia de unificación, dispuso lo siguiente:

73. Como se dijo en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 28 de agosto de 2018, “La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política². Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio”. 74. En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables. /Líneas de la Sala/

75. Como se ha dicho, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

²La Corte Constitucional ha reconocido la gran responsabilidad que tienen los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades de la rama judicial, puesto que la labor de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Sentencia T-123/95 citada en la Sentencia T-321/98. En la sentencia C-179 de 2016 reafirmó dicha tesis al exponer lo siguiente: «[...] la función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre, según el Texto Superior, (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de ley (CP arts. 86 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo (CP arts. 236 y 237); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria (CP art. 235) [...]»

Como puede verse, la sentencia de unificación debe aplicarse de manera inmediata, incluso en los casos que se encuentren en trámite administrativo o judicial porque frente a éstos no se predica el fenómeno de la cosa juzgada; luego, es un precedente que vincula a esta jurisdicción tanto en sentido horizontal como vertical.

Ha de colegirse entonces, que la sentencia de unificación proferida el 25 de abril de 2019 por el Consejo de Estado es la que orientará el análisis del caso concreto, tal y como aconteció en primera instancia.

2. Entidad obligada al pago de la pensión.

Frente al primer interrogante planteado, considera la Sala de Decisión que la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM debe asumir el pago de la reliquidación pensional en este caso, por las siguientes razones:

a) El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 es diáfano al indicar que las prestaciones sociales las reconoce y paga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

b) El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica. Por tanto, es conclusión ineludible que judicialmente actúa a través de la Nación, y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación.

c) El artículo 288, superior, resalta que las competencias propias de la función administrativa se deben ejercer de conformidad con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley. En concordancia con el artículo 209 de la Constitución Política³.

d) En ese sentido, la Ley 489 de 1998 define los *Principios de la función administrativa*, acorde con los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia.

e) El Consejo de Estado, en providencia de 5 de marzo de 2015⁴, confirmó una decisión proferida en audiencia inicial por este Tribunal – Sala Oral, en la cual se declaró

³“**Artículo 209.** La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, auto de 5 de marzo de 2015, Expediente N° 170012333000 201300654 01.

infundada la excepción denominada “no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios”. Veamos el aparte pertinente de la providencia mencionada.

“[...] De acuerdo con lo regulado por el artículo 61 del Código General del Proceso y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, el litisconsorcio se considera necesario cuando tiene la connotación o importancia de impedir que el proceso se adelante si uno de los sujetos que integran la parte activa o pasiva y resulta afectado con la decisión, no está enterado del proceso; entonces, es requisito sine qua non que tal sujeto de la relación jurídica o acto jurídico integre el proceso y pueda ejercer sus derechos de defensa y debido proceso.

En este orden de ideas, se considera que en el caso que se decide, la Secretaría de Educación del ente territorial, no es litisconsorte necesario de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que es a ésta quien por ley está obligada al pago de las prestaciones sociales del magisterio, y que las secretarías de educación de los entes territoriales solo actúan como colaboradoras de la entidad nacional mencionada.

Así, pues, en el sub examine, el proceso se puede tramitar y decidir sin que se requiera la presencia, en este caso, de la Secretaría de Educación de Manizales como lo pretende la excepción formulada por la apoderada de la entidad demandada, pues, se repite, ésta no es litisconsorcio necesario de aquella. [...]”.

Así las cosas, se concluye en este punto que efectivamente es la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM quien debe asumir el pago de la reliquidación pensional deprecada por la parte actora.

3. Del régimen pensional aplicable a los docentes oficiales.

El Decreto 3135 de 1968, por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, para los empleados del orden nacional, en su artículo 27 dispuso:

*“**Pensión de jubilación o vejez.** El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75 % del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio.*

No quedan sujetas a esta regla general las personas que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley determine expresamente.”

Este artículo fue reglamentado por el 68 del Decreto 1848 de 1969, así:

*“**Derecho a la pensión.** Todo empleado oficial que preste o haya prestado sus servicios durante veinte (20) años, continua o discontinuamente, en las entidades, establecimientos o empresas señaladas en el artículo 1 de este decreto, tiene derecho a gozar de pensión de jubilación al cumplir cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o cincuenta (50) años de edad, si es mujer.”*

La Ley 33 de 1985, por la cual se dictaron algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el sector público, aplicable a los empleados oficiales de todos los órdenes, derogó, en forma expresa, los artículos 27 y

28 del Decreto 3135 de 1968 y, en forma tácita, el literal b) del artículo 17 de la Ley 6 de 1945 que, a su vez, fue reformada por la Ley 62 de 1985. Al respecto, la primera de las normas aquí citadas, dispuso:

“Artículo 1. *El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco (75 %) por ciento del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.*

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.
(...)

Parágrafo 2. *Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.*

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres y cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

Parágrafo 3. *En todo caso, los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de esta ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta ley.”*

Como puede observarse, ésta norma resulta aplicable a todos los empleados oficiales (del orden nacional, departamental o municipal) salvo, a quienes trabajen en actividades que, por su naturaleza, justifiquen la excepción que determine expresamente la ley ni a quienes disfruten de un régimen especial.

Posteriormente se expidió la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, mediante la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que en su artículo 15 estableció:

“Artículo 15. *A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:*

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones:

A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad

de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.” (Subraya la sala).

En el año 1993 se expidió la Ley 100, por la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral, en cuyo artículo 279 consagró:

“Artículo 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúan a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales a favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida...”

Los docentes fueron excluidos expresamente del Sistema Integral de Seguridad Social por ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de la pensión de vejez de éstos.

Por su parte, la Ley 115 del 8 de febrero de 1994 -Ley General de la Educación- dispuso:

“Artículo 115. Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales. En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores.”

De acuerdo con la parte final del inciso 1 del artículo 115, el régimen prestacional de los educadores es el contenido en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993, que remiten a las Leyes 33 y 62 de 1985 para los docentes nacionales, aplicables a los territoriales que no contaban con un régimen específico en sus respectivas circunscripciones.

Ahora bien, el Consejo de Estado⁵, mediante sentencia del 10 de octubre de 2018, consideró lo siguiente:

⁵ Rad. 2015-00871. C.P. Rafael Francisco Suarez Vargas. Actor. Maria Victoria Bustamante Garcia. Demandado. FNPSM

“{...} de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto, en materia de pensión de vejez de los docentes, ni la Ley 91 de 1989 ni la Ley 60 de 1993 consagraron un régimen especial. Tampoco lo hizo la Ley 115 de 1994⁶, pues en el artículo 115 no estableció condiciones excepcionales.⁷ Por esta razón, fuerza concluir que la pensión de jubilación de los docentes sigue sometida al régimen general previsto en la Ley 33 de 1985, de acuerdo con el cual continuaron adquiriendo su derecho a la pensión de jubilación ordinaria con 20 años de servicio y 55 de edad.

...

No obstante, la Ley 812 del 27 de junio de 2003⁸, por la cual se aprobó el plan de desarrollo, dispuso en el artículo 81 lo siguiente:

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en la ley 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Luego, el Acto Legislativo 1 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, elevó a rango constitucional las reglas contenidas en la Ley 812 de 2003, sin introducir ninguna modificación en el tema pensional. En el párrafo transitorio dispuso:

“El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficiales es el establecido para el magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del sistema general de pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.”

En estos términos, reiteró el legislador que el régimen aplicable a los docentes vinculados al servicio público oficial es el consagrado en la Ley 91 de 1989. Sin embargo, a los docentes que se vinculen con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se les aplican las reglas contenidas en el artículo 81 de esta.”

Luego, el Consejo de Estado⁹ se volvió a pronunciar mediante sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, estableciendo lo siguiente:

“{...} La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por

⁶ Ley general de la educación.

⁷ “Art. 115 Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.”

⁸ Rad. 2015-00871. M.P. Rafael Francisco Suarez Vargas. Actor. María Victoria Bustamante García. Demandado FNPSM.

⁹ consejo de estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, CP: césar palomino cortés, Sentencia de unificación Sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019, Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019), Expediente: 680012333000201500569-01, N.º Interno:0935-2017, Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Demandante: Abadía Reynel Toloza, Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –Fomag

lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.

Con esta regla se sienta una postura interpretativa distinta a la que sostenía la Sección Segunda a partir de la sentencia del 4 de agosto de 2010, según la cual, en la base de liquidación de la pensión de jubilación ordinaria de los docentes se incluían todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

De acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005 "Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones". Los docentes no están exceptuados de esta disposición para el goce de la pensión ordinaria de jubilación. Por lo que, en el ingreso base de liquidación de esta pensión solo pueden ser tenidos en cuenta los factores sobre los que se aporta y que están contenidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985.

La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985."

4. El caso concreto.

A la señora **Luz Mary Valencia Martínez** le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación mediante la Resolución N°. 821 del 29 de septiembre de 2014, teniendo en cuenta para el efecto el salario básico mensual. Por tal razón, reclama en su favor el derecho a la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el año de servicios anterior a la consolidación del estatus de pensionado.

Ahora bien, de conformidad con el certificado de salarios expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, obrante a folio 28 del cuaderno 1, se puede constatar que la parte actora devengó en el año estatus, además del salario básico, la prima de navidad, la prima de vacaciones, la prima de servicios, la bonificación mensual y horas extras.

Así las cosas, en atención al criterio fijado por el Consejo de Estado en las sentencias ya referidas, esta Sala de Decisión colige que la demandante no tiene derecho a que su pensión se reliquide con todos aquellos rubros constitutivos del salario devengado en el año de servicios y las razones son las siguientes:

Como se señaló anteriormente, la norma que ampara la situación particular de la parte accionante es la contenida en las Leyes 91 de 1989, la Ley 33 y 62 de 1985.

El parágrafo B. del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 establece:

B. Para los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año.

Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional.”

El artículo 1 de la Ley 33 de 1985 establece:

“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”

Por su parte, el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, dispone:

*“Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: **asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.** En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.” (Subraya la Sala)*

La Sección Segunda de la Alta Corporación, en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, consideró que el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y, por ende, para establecer la cuantía de las pensiones de los servidores públicos debían incluirse todos los factores percibidos de manera habitual, como contraprestación por sus servicios.

Sin embargo, esta posición como ya se dijo, fue revaluada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de unificación¹⁰, en la cual fijó la siguiente regla jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición:

“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”.

El Consejo de Estado en esta nueva oportunidad consideró que la tesis adoptada en la referida sentencia de unificación de la Sección Segunda, proferida el 4 de agosto de 2010, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social: **“dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.”** (Subraya la sala).

¹⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de agosto de 2018. Consejero ponente: César Palomino Cortés. Expediente 2012-00143-01. Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro

Así, en la mencionada sentencia se precisó que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Fundó la nueva tesis en el artículo 1 de la Constitución Política que consagra la solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho, en concordancia con el artículo 48 constitucional que define la Seguridad Social como *“un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”*.

Agregó que *“la interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, sólo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.”*

Y concluyó que el tomar en cuenta sólo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe garantizar el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

Indica que, con esta interpretación *“(i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.”*

En consonancia con lo anterior, mediante la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, la Alta Corporación retomó el tema para sentar la regla jurisprudencial según la cual *“En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo. /Líneas de la Sala/*

En tal sentido, tomando en cuenta las consideraciones del Consejo de Estado, esta corporación advierte que no es procedente la reliquidación de la pensión de la parte demandante con todos y cada uno de los factores deprecados en la demanda,

comoquiera que debe atenerse a los enlistados en la Ley 62 de 1985, dentro de los cuales se encuentran la bonificación por servicios prestados y las horas extras; debiendo añadir que también se ha de tener en cuenta la bonificación mensual con sustento en lo previsto en el 1566 de 2014; lo anterior, siempre que se encuentre probado que fueron causados y devengados en el año estatus y sobre ellos se hubiese realizado el respectivo aporte al sistema de pensiones.

Pues bien, del certificado de salarios aportado al plenario se desprende que la demandante devengó en el año de consolidación del derecho a la pensión, factores tales como la bonificación mensual y las horas extras, motivo por el cual las mismas fueron reconocidas y ordenadas pagar en la sentencia de primera instancia.

En relación con la bonificación por servicios prestados es necesario indicar en primer lugar que, ciertamente, dicho factor está incluido en el acápite de pretensiones de la demanda. Así mismo, durante la audiencia inicial llevada a cabo por el juez de primera instancia se fijó el litigio y se acordó tener como probado que la señora Valencia Martínez devengó en el año estatus la asignación básica, la prima de navidad, vacaciones, servicios, bonificación mensual y horas extras.

Con la fijación del litigio se determinan los hechos que se encuentran probados y sobre los cuales no existe controversia entre las partes; esto permite depurar aquello que es materia de litigio y que debe ser objeto de prueba en la etapa procesal correspondiente. Luego entonces, lo que no es aceptado por las partes debe someterse al escrutinio a través de los medios probatorios legalmente dispuestos para tal efecto.

Es por ello que, la bonificación por servicios prestados, al no tenerse como un hecho aceptado por ambas partes, quedaba sometido al debate probatorio pertinente en aras de establecer si existía o no razón a la parte actora para solicitar su reconocimiento y pago. Pero de ninguna manera podía considerarse que, por no tratarse de un hecho aceptado por las partes, quedaba excluido del litigio; por el contrario, aquello sobre lo cual persiste la controversia o no ha sido debidamente acreditado en el proceso, es que debe concentrarse la actividad probatoria de las partes a fin de sacar adelante su pretensión. Luego entonces, es claro que no le asistía razón al a quo para negarse a estudiar de fondo la pretensión expresa de reconocimiento de dicho factor salarial.

A tono con lo anterior y partiendo de la base de que corresponde a la parte probar los hechos en que soporta su pretensión, se considera que el factor objeto de discusión en esta instancia no fue debidamente acreditado en el proceso pues aunque en el acápite de pruebas de la demanda se anuncia que se aporta la copia de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales y de la sentencia proferida por este Tribunal el 27 de junio de 2014, lo cierto es que dichas piezas no obran en el expediente - en documento impreso o en documento magnético-.

La indicación de la fecha en que fue proferida la sentencia de segunda instancia resulta insuficiente para constatar el supuesto de hecho que soporta la pretensión en cuestión, esto es, el reconocimiento judicial de ese factor y el alcance de dicho reconocimiento. Se agrega a lo anterior que, tal bonificación, tampoco aparece devengada en el año estatus conforme lo consignado en el certificado de salarios adosado al expediente.

Luego entonces, al haberse incumplido con la carga probatoria mínima que se requería para el estudio de la aludida pretensión, la conclusión en esta instancia no ha de ser otra que la de confirmar el fallo impugnado mediante el cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la parte actora, pero por las razones acá expuestas.

5. Costas en segunda instancia.

No habrá condena en costas en esta instancia pues no se observa que las mismas se hayan causado.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se confirma, por las razones acá expuestas, la sentencia del 28 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho fue promovido por la señora **Luz Mary Valencia Martínez** contra la **Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** que accedió parcialmente a las pretensiones de la demandante.

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase

Discutida y aprobada en Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.

Los integrantes de la Sala Segunda de Decisión,

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 199

Manizales, veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Proceso No. 17-001-33-39-001-2019-00006-02
Clase: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: Mariela Cardona González
Accionado: Nación - Ministerio De Educación – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio - FNPSM

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia mediante la cual se accedió parcialmente sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita se declare la nulidad de la Resolución 9344-6 del 28 de noviembre de 2017 emitida por la Secretaria de Educación del departamento de Caldas en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM. En consecuencia se ordene a las demandadas: aplicar el descuento para aportes al sistema de salud en cuantía del 5%; reintegrar el monto los porcentajes descontados en exceso y reajustar las mesadas anuales con base en el artículo 1º de la ley 71 de 1988, es decir en porcentaje igual al aumento del salario mínimo legal mensual y de manera retroactiva al año en que se consolidó el derecho; se ordene la indexación de los valores a reintegrar, al pago de los intereses y costas del proceso.

Subsidiariamente solicitó se ordene el reintegro de los valores descontados de las mesadas de junio y diciembre correspondientes al 12% de la mesada pensional de manera retroactiva, indexada y con intereses y se ordene cesar los descuentos de las mesadas de junio y diciembre con destino al sistema de salud.

1.2. Sustento fáctico relevante

En síntesis expresa que, en el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de jubilación, las demandadas dispusieron efectuar descuentos con destino al sistema de salud, equivalentes al 12%, los cuales vienen siendo descontados no solo de las mesadas ordinarias, sino de las adicionales (de junio y diciembre, esta última que se cancela en noviembre de cada año); que además se consagró que la pensión sería reajustada anualmente conforme al artículo 1º de la ley 71 de 1988, no obstante la mesada se ha venido incrementando de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Que solicitó al FNPSM la aplicación de descuentos sólo del 5% y la devolución de los aportes pagados en exceso, así como el reajuste conforme a la Ley 71 de 1988, petición que fue negada a través de la Resolución demandada.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas entre otras, la Ley 71/88; Ley 91/89; Ley 100/93; Ley 812/03; Ley 797/03; Ley 1151/07. Consideró que, los docentes afiliados al FNPSM no se hallan obligados a pagar los aportes en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (también llamadas mesadas 13 y 14); además el FNPSM en ocasiones inaplica las normas en mención mientras que en otros casos las aplica de manera indebida, contrariando su verdadero alcance y la hermenéutica jurisprudencial.

Añade que, se aplica indebidamente el artículo 81 de la Ley 812 de 2013 en lo referente a la tasa de cotización para servicios de salud, pues debe ser del 5% conforme el artículo 8 de la ley 91 de 1989 que es norma especial. En virtud del principio de inescindibilidad de la ley, no se pueden aplicar concomitantemente dos regímenes y por ello se equivoca la demandada a la aplicar a los docentes la ley 100 de 1993.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

La Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Del Magisterio: guardó silencio

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* accedió parcialmente a las pretensiones de la parte demandante, declaró la nulidad de la Resolución 9344-6 del 28 de noviembre de 2017 y a título de restablecimiento del derecho, ordenó a la demandada que *“proceda a reajustar anualmente, la pensión mensual vitalicia de los demandantes con base en el porcentaje de incremento del salario mínimo mensual legal vigente. Posteriormente determinará la diferencia entre la suma efectivamente pagada mes a mes y la que debió pagar, para fijar el monto que deberá reconocer y pagar a cada uno de los demandantes”*. Además negó la pretensiones de la demandante en cuanto a la devolución de los aportes en salud superiores al 5%, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva

Señaló que, los docentes afiliados al - FNPSM si tienen derecho a un reajuste pensional equivalente al incremento anual del salario mínimo legal mensual vigente, de conformidad con el art. 1 de la ley 71 de 1988, en concordancia con el artículo 279 de la ley 100 de 1993, por tratarse de un régimen exceptuado.

Para tal efecto señala que, los efectos del incremento del artículo 14 de la ley 100 de 1993 hace referencia al régimen de prima media con prestación definida y al régimen de ahorro individual, no, al exceptuado; que la ley 100 de 1993 establece que los docentes afiliados al FNPSM no se les aplica su regulación; que la Corte Constitucional al analizar la aplicabilidad de los artículos 14 de la ley 100 de 1993 y la ley 71 de la ley 1988 no se refirió, específicamente, al régimen exceptuado de los docentes afiliados al FNPSM.

Agregó que la Corte Constitucional en sentencia C-435 de 2017, y el Consejo de Estado en varios pronunciamientos han analizado la normativa discutida en este proceso, sin precisar si en esa expresión se excluyan o incluyan los regímenes taxativamente exceptuados; que la ley 100 de 1993 no derogó la 71 de 1988 y además el acto administrativo que reconoció el

derecho pensional a los docentes expresamente advierte que la mesada pensional se reajuste anualmente de conformidad con la Ley 71 de 1988 y la Ley 238 de 1995; y que la Ley 238 no quiso disminuir derechos de los beneficiarios de los regímenes exceptuados, sino que pretendió ampliar sus beneficios. Por último, señaló los argumentos por los cuales se aparta de la decisión adoptada por este Tribunal en un caso similar.

Y en cuanto a si los docentes afiliados al FNPSM tienen derecho a que se fije el porcentaje de aportes a la seguridad social en salud de conformidad con el numeral 5 del art. 8 de la ley 91 de 1989, concluyó que no, para ello realizó el recuento normativo y jurisprudencial sobre los descuentos en salud, y afirmó que, la remisión normativa que hace el régimen prestacional docente a las normas de la Ley 100 de 1993, se concreta al valor de la tasa de cotización que los docentes afiliados al FNPSM deben hacer por concepto de salud, incluyendo dichos descuentos en las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Por lo tanto, si bien los docentes afiliados al FNPSM gozan de un régimen pensional excepcional, lo cierto es que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 previó que deben efectuar los aportes en salud, conforme con lo previsto en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, esto es, en los mismos términos que los pensionados bajo el régimen general (12 %). Además, no existe ninguna norma que los exima.

4. Recurso de apelación

La Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM solicitó revocar la sentencia y negar las pretensiones de la demandante; precisó que, la ley 100 de 1993 fue expedida con el objeto de unificar la normatividad en materia de seguridad social buscando la materialización de los fines del Estado; en su artículo 14 reglamentado por el Decreto 692 de 1994 dispuso que, *“...las pensiones se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.”*

Que la ley 71 de 1988, también era una norma, cuyo ámbito de aplicación se encontraba circunscrito a los tipos de pensiones previstos en el artículo 1 de la ley 4 de 1976 *“Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.”* Por lo que colige que, los docentes afiliados al FNPSM nunca han tenido una norma especial para el reajuste de pensión como lo pretende hacer ver el demandante y como lo acogió el despacho en la sentencia que se apela.

Concluyó que, el derecho al porcentaje de reajuste pensional no es un derecho adquirido; que se presentó la subrogación del sistema pensional de la Ley 71 de 1988 por el consagrado en la Ley 100 de 1993.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Al analizar la sentencia de instancia y el escrito de impugnación, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar si:

¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, esto es, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente?

2. Tesis del Tribunal

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago del reajuste periódico de las mesadas pensionales conforme lo establece la Ley 71 de 1988, esto es, teniendo en cuenta la variación del salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que, la Constitución Política facultó al Legislador para que bajo su autonomía fijara las fórmulas específicas el reajuste periódico de las pensiones; con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, se entendió derogada la Ley 71 de 1989 y las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el Dane para el año inmediatamente anterior.

Para fundamentar lo anterior se abordarán los siguientes aspectos: i) hechos probados; ii) régimen general de seguridad social; iii) ajuste de pensiones en el régimen de seguridad social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones; y iv) el análisis del caso concreto.

2.1. Lo probado

- Mediante Resolución 8113-6 del 19 de diciembre de 2013 se reconoció la pensión de jubilación, por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor de la demandante, a partir del 28 de julio de 2013. (Fl. 43-44 C. 1)
- la demandante mediante escrito radicado el 9 de noviembre de 2017 ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestación Social del Magisterio, solicitó se reajuste la pensión de jubilación, tomando como base el porcentaje del incremento del salario mínimo legal mensual vigente del año inmediatamente anterior, cuando sea superior al IPC y que se realicen los descuentos de salud en porcentaje del 5% de la mesada pensional sobre las mesadas ordinarias y adicionales conforme a la Ley 71 de 1989 y la devolución de los cobros en exceso. (Fl. 45 C. 1)
- A través de la 9344-6 del 28 de noviembre de 2017, la demandada denegó el ajuste deprecado. (Fl. 45-47 C. 1)

2.2. Régimen general de seguridad social

El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; asimismo se garantiza como un derecho irrenunciable, servicio prestado por entidades públicas y privadas, que brinda los recursos destinados al poder adquisitivo de las pensiones.

A su vez, el artículo 53 del mandato constitucional, establece que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

El Sistema de Seguridad Social Integral, previsto en la Ley 100 de 1993, tuvo como objeto garantizar los derechos de las personas y comunidad, en aras de mejorar la calidad de vida, y la dignidad humana, a través de las instituciones públicas y privadas prestadora de los

servicios, como un servicio esencial bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

Por su parte, el artículo 11 *Ibidem*, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003; prevé su campo de aplicación, así:

“El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes”.

2.3. Ajuste de pensiones en el régimen de seguridad social para los afiliados al sector público y régimen general de pensiones

El artículo 1 de la Ley 4 de 1976¹, determinó que las pensiones de los sectores público, oficial, semioficial y privado, así como los afiliados al Instituto Seguro Social a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarían de oficio, cada año, teniendo en cuenta la elevación del salario mínimo mensual legal más alto, con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión.

Luego, el artículo 1 de la Ley 71 de 1988² precisó que las pensiones referidas en el artículo 1 de la Ley 4 de 1976, la de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serían reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

La citada norma fue reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, precisó respecto al ajuste de las pensiones en el artículo 1º lo siguiente: *“Reajuste pensional. Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, incapacidad permanente parcial, compartidas y de sobrevivientes, de los sectores público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, se reajustarán de oficio y en forma simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional”.*

Del recuento normativo citado se concluye que, por mandato constitucional, es deber del Estado garantizar el reajuste periódico de las pensiones, que inicialmente desde la Ley 4 de 1976, se determinó un ajuste a los beneficiarios de los regímenes del sector público, oficial y privado, teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente más alto.

A su turno la Ley 100 de 1993, en el artículo 289, indicó en relación con las vigencias y derogatorias lo siguiente: *“La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación, salvaguarda*

¹ Ley 4 de 1989, *“Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.”*

² Ley 71 de 1988 *por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras*

los derechos adquiridos y **deroga** todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 2o. de la Ley 4a. de 1966, el artículo 5o. de la Ley 33 de 1985, **el párrafo del art. 7o. de la Ley 71 de 1988**, los artículos 268, 269, 270, 271 y 272 del Código de Sustantivo del Trabajo y demás normas que los modifiquen o adicionen”.

O sea que, al derogarse el párrafo 7 de la Ley 71 de 1988, se derogó la norma que disponía un régimen de reconocimiento pensional para las personas que tengan diez (10) años o más de afiliación en una o varias de las entidades y cincuenta (50) años o más de edad si es varón o cuarenta y cinco (45) años o más si es mujer, y continuarían aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes.

Además, este párrafo de la Ley 71 de 1988 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional Sentencia C-012 de 1994.

La Ley 100 de 1993 en su artículo 279 contempló los regímenes exceptuados a dicho régimen quedando contemplado, entre otros el personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, y señaló que estas excepciones no implican negación de los beneficios y derechos determinados en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, el cual consagra el reajuste anual de las pensiones en el IPC:

“ARTÍCULO 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto-Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

(...)

PARÁGRAFO 4o. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados. (Se resalta)

Concerniente al reajuste de las pensiones el Régimen General de Pensiones previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, precisó:

“ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.

Dicha normativa fue declarada executable por la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994³, en la que señaló:

³ Corte Constitucional sentencia C- 387 de 1994; MP. Carlos Gaviria Díaz, 1 de septiembre de 1994; Exp. D-529.

*“Para la Corte es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales, a la luz de los cánones constitucionales, tiene una justificación clara y razonable, cual es la de dar especial protección a aquellos pensionados que por devengar una pensión mínima se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás. **En consecuencia, ha decidido el legislador que el valor de la pensión para esas personas se reajuste en un porcentaje igual al del salario mínimo legal mensual, con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna.***

...

“Las instituciones del salario mínimo y de la pensión mínima, se enmarcan dentro de aquellas políticas destinadas a lograr una justicia social, pues son medidas especiales de protección a quienes por su condición económica se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Busca así el legislador menguar la desigualdad y de esta manera cumplir con el propósito señalado por el constituyente en el artículo 13 de la Carta, que ordena al Estado promover las condiciones requeridas para que la igualdad sea real y efectiva, mediante la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados, como también proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica o física se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

....

Ahora bien: que el índice de precios al consumidor aumenta en proporción superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, es un argumento que esgrime el demandante, pero que no se ajusta a la realidad, pues como se demostrará en seguida, estos valores no han sido constantes, y no podían serlo, porque su comportamiento depende de una serie de circunstancias económicas y políticas que resultan variables, y en consecuencia, no es posible determinar con certeza el porcentaje en que cada uno de esos dos factores aumentará.

“Veamos el comportamiento de la tasa de inflación y el porcentaje de incremento del salario mínimo, durante los últimos diez años:

<i>“Año</i>	<i>Inflación</i>	<i>Salario mínimo</i>
1983	16.64	22%
1984	18.28	22%
1985	22.45	20%
1986	20.95	24%
1987	24.02	22%
1988	28.12	25%
1989	26.12	27%
1990	32.36	26%
1991	26.82	26.07%
1992	25.13	26.04%
1993	22.6	21.09%”

“Obsérvese que en los años 1983, 1984, 1986, 1989 y 1992 el salario mínimo se incrementó en cuantía superior al índice de inflación, y en los demás años, sucedió lo contrario, esto es, que la inflación fue mayor que el porcentaje en que subió el salario mínimo.

*Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con certeza **cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que ello dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea***

superior al porcentaje en que se incremente el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.

De otra parte, estima la Corte pertinente agregar que la Constitución al consagrar el derecho al reajuste periódico de las pensiones (art. 53 inc. 2o.), no señala la proporción en que éstas deben incrementarse, como tampoco la oportunidad o frecuencia en que debe llevarse a cabo, quedando en manos del legislador la regulación de estos aspectos, como en efecto lo hace la norma parcialmente impugnada”.

En este sentido, el Máximo Tribunal Constitucional alude a la determinación de incrementar las pensiones en el salario mínimo solo para los pensionados que devengan la pensión mínima, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales de los pensionados que se encuentran en debilidad manifiesta frente a los demás ciudadanos; a su vez, que la determinación del índice de precios al consumidor para los demás pensionados para establecer el incremento pensional, se ajusta a factores circunstancias económicas y políticas.

De otro lado, la Ley 238 de 1995 dispuso la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados previstos en dicha disposición; al respecto señaló:

“ARTÍCULO 1o. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo:

“Párrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados”.

Si bien, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, dispuso las excepciones de su aplicación al personal docente vinculado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, posteriormente la Ley 238 de 1995, integró a este sector en la aplicación del reajuste pensional contemplado en el Régimen General de Pensiones.

Bajo el tema en cuestión referente al reajuste de las mesadas en aplicación de la Ley 100 de 1993, la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado⁴, en providencia del 17 de agosto del 2017, en pronunciamiento dentro de la acción pública de nulidad en contra del artículo 40 del Decreto 692 de 1994; expuso **que el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 derogó el dispuesto por la Ley 71 de 1988:**

“Ahora bien, en criterio de la parte demandante, la mesada de quienes se pensionaron con anterioridad al 1.º de abril de 1994 debe incrementarse en la forma prevista por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se ajustaba el salario mínimo, afirmación frente a la cual debe indicarse que el hecho de que el porcentaje en el cual se reajusta la pensión no sea un derecho adquirido, implica que el sistema definido por la Ley 100 de 1993 podía regular válidamente la proporción del aumento de la prestación, derogando el enunciado normativo que venía rigiendo hasta ese momento, tal y como lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 1996, al señalar:

« [...] A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la fórmula prevista en la Ley 71 de 1988, esto

⁴ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección A- Consejero Ponente: William Hernández Gómez - 17 de agosto de 2017 –Rad. 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 Ibidem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1° de enero de 1994.[...]

En esas condiciones, no le asiste razón a la parte demandante cuando estima que al hacer extensivo el porcentaje de reajuste de la mesada pensional que se decreta para quienes se pensionan con posterioridad al 1.º de abril de 1994 a aquellos que ya tenían la prestación reconocida para ese momento, la norma demandada hace una inclusión no prevista en la ley que reglamenta y desconoce los derechos adquiridos de estos últimos, pues se reitera, la protección de los derechos adquiridos en materia pensional no comprende la proporción del incremento de la mesada.

Conclusión: Conforme a las consideraciones expuestas, el porcentaje de reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales.

De acuerdo con lo anterior, el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 sí es aplicable a quienes les fue reconocida la pensión antes del 1.º de abril de 1994 y no el definido por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, toda vez que esta última quedó derogada por aquella”

En consideración al postulado jurisprudencial precitado se extrae que, si bien quienes se pensionaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cuentan con un régimen anterior al del Sistema de Seguridad Social Integral, esto no quiere decir que, en cuanto al incremento de la mesada pensional deba realizarse conforme lo contempla la Ley 71 de 1988, ajustado al salario mínimo, toda vez que con la entrada en vigencia del régimen general de pensiones, dicha norma quedó derogada por ésta última, que dispuso que los ajustes de las mesadas pensionales fueran incrementadas conforme a la variación del índice de precios al consumidor.

Referente a los motivos que alega el libelista, de aplicar artículo 1 de la Ley 71 de 1988, en armonía con el principio de favorabilidad, al ajuste de la mesada pensional, es pertinente traer a colación los pronunciamientos jurisprudenciales expuestos por la Corte Constitucional en sentencia C-435 de 2017, bajo la acción pública de constitucionalidad se demanda la nulidad parcial del artículo 14 de la Ley 100 de 1993; concerniente al reajuste de pensiones, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, así:

“Así, para decirlo de otra forma, pero con sus propias palabras, el actor entiende que el principio de favorabilidad también resulta aplicable a los pensionados “porque son trabajadores en receso [...] y, porque también, uno de los principios fundamentales del trabajo es la garantía de la seguridad social” y es precisamente a partir de esa consideración que concluye que “[e]n caso de duda en la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones, porque no hay ley que establezca como se mide [...] debe aplicarse el método más favorable al pensionado”. Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda no sólo solicita declarar inexecutable el apartado

demandado, según el cual las pensiones “se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente”, como si este fuese expresamente el mandato constitucional.

(...)

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”

(...)

Siendo así, se tiene que en la norma demandada el legislador específicamente dispuso que el criterio o parámetro de actualización fuera el IPC en tanto que, como claramente explicó el DANE en su intervención, éste precisamente “es una estadística que mide la variación porcentual de los precios de un conjunto representativo de los bienes y servicios de consumo de los hogares del país”. Pero, simultáneamente, el legislador distinguió entre las pensiones superiores e inferiores al salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), estableciendo que únicamente éstas últimas se incrementarían en el mismo porcentaje que ese salario, “con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna”.

Lo anterior pues, como también se ha explicado en la jurisprudencia constitucional, sin perjuicio de que toda pensión “tiene como objetivo primordial proteger a las personas de la tercera edad, quienes por sus condiciones físicas, ya sea por razón de la edad o por enfermedad, se encuentran imposibilitados para obtener otra clase de recursos para su propia subsistencia y la de su familia”, las personas cuya pensión no supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente o que reciben una pensión mínima, como también se la ha denominado, “se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás”. De tal forma que ellas también requieren de un incremento periódico mínimo que, precisamente, garantice también los fines del salario mínimo, como son “satisfacer no sólo sus propias necesidades sino también las de su familia, en el orden material, social, cultural, educativo”.

Por lo tanto, se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor pensiones, de tal forma que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular.

(...)

*Al mismo tiempo que, se reitera, el constituyente impuso al legislador el deber general de actualizar el monto de las pensiones para que fuesen consistentes con el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pero no impuso un modelo específico de actualización, motivo por el cual el Congreso cuenta con un amplio **margen de configuración para fijar las fórmulas específicas a través de las cuales se materializa este deber genérico, sin que se encuentre obligado a acoger un esquema económico que, a juicio del accionante, resulte más favorable a los intereses de los pensionados entre todos los posibles.***

Por último, cabe resaltar, que, el Consejo de Estado⁵ en sentencia de tutela del 25 de junio de 2020 ha avalado al interpretación realizada por este Tribunal, al señalar que:

5.5. Es así como los argumentos que propuso el tribunal en su decisión, explican de manera suficiente las razones por las que considera que no es aplicable el artículo 1º de la Ley 71 de 1988 a efectos del reajuste de la pensión en los términos que propone la parte actora, pues si bien se acepta que los docentes afiliados al fondo de prestaciones sociales del magisterio fueron excluidos de la aplicación del régimen general de pensiones establecido en la Ley 100 de 1993, en virtud del artículo 1º de la Ley 238 de 1995, por la cual se adiciona el artículo 279 de la ley 100 de 1993, se extendió a los sectores allí excluidos la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, para efectos del ajuste anual de las pensiones.

A juicio de la Sala, la interpretación que efectuó la autoridad judicial accionada resulta razonable, y además se encuentra soportada en la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional –concretamente la sentencia C-435 de 2017, en donde se estudió sobre la exequibilidad del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, aspecto abordado por el tribunal en su decisión–.

*De esta forma, la conclusión de la derogatoria tácita que tuvo el artículo 1º de la Ley 78 de 1988 con la Ley 100 de 1993, deriva del contenido mismo de las normas y de la regulación establecida en materia de reajuste pensional que como lo indicó la misma providencia, **no es un derecho adquirido.***

5.6. En este punto, resulta relevante señalar que, tal y como insiste el accionante, los docentes se encuentran cobijados por un régimen especial, y que fueron expresamente excluidos de la aplicación del régimen general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, por virtud del artículo 279 de dicho estatuto, sin embargo, no puede desconocerse que la Ley 238 de 1995, adicionó el citado artículo 279 para señalar que “Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados”.

Intelección que también fue hecha por el tribunal para llegar a la conclusión de que lo relacionado con el reajuste no es un derecho adquirido, posición que se reitera, está debidamente sustentada en las normas que regulan este preciso aspecto y que obedecen al criterio interpretativo con el que cuenta el juez para aplicar las disposiciones legales al caso concreto.

5.7. Basta señalar que en un caso similar esta Sala tuvo la oportunidad de pronunciarse⁶ y mencionó la sentencia C-110 de 2006, aparte jurisprudencial de la corte Constitucional indicó:

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Julio Roberto Piza Rodríguez (E). Radicación número: 11001-03-15-000-2020-00855-01 (AC)

⁶ Sentencia del 28 de noviembre de 2019. Expediente No. 2019-03276-01. Actor: Amparo de Jesús Raigosa Cardona. Magistrado Ponente Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

“Así las cosas, en el entendido que las normas laborales son por expresa disposición legal de orden público y de aplicación inmediata (C.S.T. art. 16), se tiene que la fórmula de reajuste pensional contenida en el artículo 1° de la Ley 4ª de 1976, estuvo vigente y produjo efectos jurídicos sólo hasta la entrada en vigencia de la Ley 71 de 1988, hecho éste que tuvo ocurrencia el día 19 de diciembre de ese mismo año tal y como aparece registrado en el Diario Oficial N° 38.624 del 22 de diciembre de 1988. Por tanto, el reajuste conforme al promedio que resultara entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, previsto en el artículo 1° de la Ley 4 de 1976 y cuestionado por el actor, sólo rigió hasta el año de 1988.

A partir del 1° de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la fórmula prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1° de enero de 1994.” (Destaca la Sala).

De esta manera, la derogatoria del artículo 1° de la Ley 71 de 1988, por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, implica que el ajuste anual de las pensiones de los pensionados, incluyendo los sectores excluidos en el artículo 279, se hace “según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”, excepto para las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, que serán reajustadas con el mismo porcentaje en que se incrementa dicho salario por el Gobierno, tal como lo reafirma el precedente antes citado”.

2.4. Conclusión

Conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales citados se tiene que, la Constitución Política facultó al Legislador para que bajo su autonomía fijara las fórmulas específicas el reajuste periódico de las pensiones. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigor, se entendió derogada la Ley 71 de 1989 y las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 Ibidem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el Dane para el año inmediatamente anterior.

En ese orden de ideas, no le asiste razón a la parte accionante al indicar que el reajuste de las mesadas pensionales se debe realizar conforme al artículo 1 de la Ley 71 de 1989, esto es, conforme al salario mínimo, y no conforme a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Por lo anterior, se revocarán los ordinales Tercero y Cuarto de la sentencia de primera instancia y en su lugar se negará la totalidad de las pretensiones de la parte demandante.

3. Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 3 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, este no se condenará en costas, toda vez que no se advierte una manifiesta carencia de fundamento legal de las pretensiones de la parte demandante. Y en el curso de esta instancia no intervinieron las partes.

Por lo discurrido, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCASE los ordinales Tercero y Cuarto de la sentencia del 23 de junio de 2021 emanada del Juzgado Primero Administrativo de Manizales, en lo que se refiere a las pretensiones formuladas por Mariela Cardona González dentro del contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido contra la Nación-Ministerio De Educación-FNPSM.

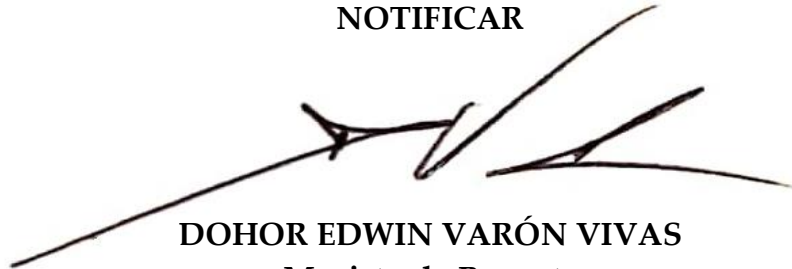
En su lugar, NIÉGUENSE las pretensiones de la parte demandante.

SEGUNDO: Sin costas en ambas instancias.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 56 de 2021.

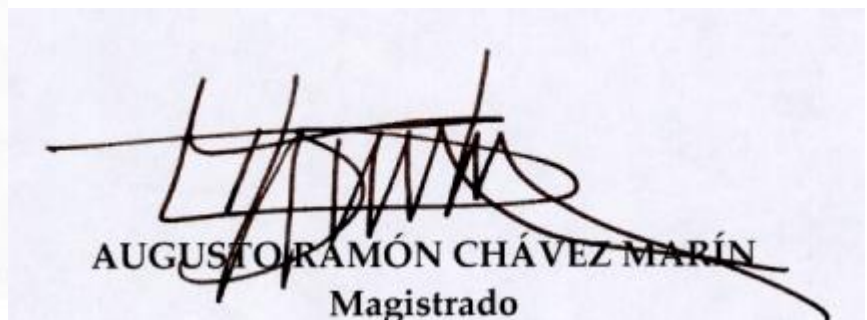
NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 201

Manizales, veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

RADICADO: 17-001-33-33-001-2019-00011-02
NATURALEZA: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
DEMANDANTE: Diego Alberto Restrepo Jiménez
DEMANDADO: Nación - Ministerio de Defensa – Policía Nacional

Se decide el recurso apelación impetrado por el demandante contra la sentencia que negó sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. Demanda

1.1.Pretensiones

Se solicita se inapliquen por inconstitucionales e inconvenientes: el artículo 28 del Decreto 673 del año 2008; artículo 27 del Decreto 737 del año 2009; artículo 27 del Decreto 1530 del año 2010; artículo 27 del Decreto 1050 del año 2011; artículo 27 del Decreto 842 del año 2012; artículo 27 del Decreto 1017 del año 2013; artículo 27 del Decreto 187 del año 2014; artículo 27 del Decreto 1028 del año 2015; artículo 27 del Decreto 214 del año 2016; artículo 27 del Decreto 984 del año 2017; artículo 28 del Decreto 324 del año 2018; y que se declare la nulidad de la Resolución S-2017-054175/ANOPA-GRUNO-1.10 del 18 de diciembre de 2017, mediante la cual se negó la reliquidación del salario.

Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la demandada reconocer y pagar la reliquidación de su salario donde se incluya el subsidio familiar en un 30% del salario básico, que corresponde a su esposa y a su vez un 5% del salario básico que corresponde a su primer hijo y un 4% que corresponde a su segundo hijo , junto con sus intereses e indexación.

Que la demandada deberá pagar los dineros correspondientes a prestaciones, subsidios, aumentos anuales, o a cualquier otro derecho causado más la indexación que en derecho corresponda incluyendo el subsidio familiar como factor salarial. Que en el evento que el demandante se retire o sea retirado de la Policía Nacional, se incluya como factor prestacional el subsidio familiar en un 39% de su salario básico mensual, lo cual deberá constar en su hoja de servicios.

1.2.Causa petendi

Aduce que, el demandante ingresó a la Policía Nacional en 1995 ostentando la categoría de alumno. Luego de la aprobación del respectivo curso de formación, ascendió al grado de patrullero y en consecuencia inició su vida laboral bajo el régimen denominado “*Nivel Ejecutivo*”.

Que en su recorrido laboral y bajo su esfera personal, contrajo nupcias con la señora Clareth Cecilia Chacón Santander y así mismo, procreó a Ana Sofia y Diego de Jesús.

Que luego de observar las diferencias salariales por concepto de subsidio familiar en la institución a la cual pertenece, solicitó que se le reliquidará su salario mensual e incluyera el subsidio familiar en los mismos porcentajes que se les reconoce al resto de uniformados de la institución. Que la Policía Nacional, expidió la Resolución S-2017-054175/ANOPA-GRUNO-1.10 del 18 de diciembre de 2017, por medio de la cual negó las peticiones, sustentando su posición en las normas que actualmente gobiernan el régimen salarial y prestacional de los miembros del Nivel Ejecutivo.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Se indica que, el subsidio familiar es reconocido a una determinada población del sector laboral, bajo unas condiciones especiales. Adicionalmente si bien es cierto, la pluricitada prima se debe pagar junto con los demás emolumentos que componen el salario del trabajador, ello no quiere decir que el beneficiario directo del subsidio sea el empleado.

Para clarificar lo anterior, trae a colación la sentencia T-623 de 2016 de la Corte Constitucional que aclara que el subsidio familiar, además de constituir un apoyo económico para los trabajadores de medianos y menores ingresos, también es una prebenda legal donde el titular es el núcleo familiar es decir que, el reflejo económico se vislumbra en el salario del trabajador pero su último destinatario será la familia de dicho empleado, por lo cual, sin lugar al equívoco, es necesario afirmar que el soporte en dinero que se brinda por concepto de subsidio familiar tiene un receptor por excelencia: la familia.

Que posterior a la expedición de los Decretos 1212 y 1213 del 08 de junio de 1990, el Congreso de la República y el Gobierno Nacional consideraron necesario reformar la estructura interna de la Policía Nacional, por lo cual se manifestó la posibilidad de implementar una nueva categoría institucional. De acuerdo a ello, se expidió la Ley 62 de 1993, mediante la cual otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República para que modificara las normas de la Policía Nacional con base en estar normas en la actualidad todos los miembros del nivel ejecutivo, sin distinción de cargo, grado o función, perciben la suma de (\$31.319) por persona a cargo.

Desde una lectura de la Constitución, se vislumbra la clara intención de proteger al menor de edad en todos sus ámbitos, por las múltiples características que los cobijan. No se puede perder de vista que, si bien es cierto, la familia es el núcleo esencial del Estado, a su vez, el menor de edad es el eje focal de la familia, por ende, sin niños y adolescentes, la figura más importante de la Nación se desdibuja por completo, quedando a merced de un futuro sin nuevas generaciones.

Finalmente indica que, la demandada transgredió el principio de progresividad y prohibición de retroceso en materia salarial y prestacional contenido en el artículo 48 de la Constitución.

2. Contestación de la demanda

La Nación - Ministerio de Defensa – Policía Nacional se opuso a las pretensiones del demandante; aceptó como ciertos los hechos de la demanda pero precisó que, el subsidio familiar reconocido al demandante, se efectuó conforme a las leyes vigentes que regulan el régimen de carrera que éste ostenta.

Señaló que, el actor se vinculó a la Policía Nacional como patrullero, el cual ha estado regido desde la fecha de su creación por el Decreto 1091 de 1995, por ende el reconocimiento y pago del subsidio familiar, se realiza conforme a lo previsto en los artículos 16 y 17 de la norma en cita, en la cual no se incluye cónyuge o compañera permanente.

Que posteriormente se expidió el Decreto 4433 de 2004 cuyo artículo 17 es claro en señalar que, para efecto del pago del subsidio se consideran personas a cargo las enumeradas en dicho artículo, cuando convivan y dependan económicamente del personal del nivel ejecutivo y se hallen dentro de las condiciones allí estipuladas; precepto que en ningún momento contempló porcentaje alguno por concepto del cónyuge o compañera permanente, como si lo disponían los decretos de los regímenes diferentes que se pretenden hoy se apliquen en el caso concreto, sin aplicar lo correspondiente a su régimen del nivel ejecutivo; por cuanto los montos del subsidio familiar devengados no son de su agrado.

Que conforme a lo anterior, el demandante en su calidad de activo, solicita la reliquidación del salario mensual que actualmente devenga, con incremento de la partida de subsidio familiar, en los mismos términos que se aplica para los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, por considerar que existe una discriminación, para lo cual realiza una comparación entre uno y otro régimen únicamente respecto de la partida cuyo incremento solicita.

Que dicha apreciación se toma imprecisa, sobre todo teniendo en cuenta el principio de inescindibilidad normativa, ya que el convocante realiza un comparativo únicamente respecto de una de las partidas que componen su salario, y no de manera integral, si así lo hiciera, notaría que su salario compuesto por todas las primas, bonificaciones y demás, supera al de los miembros de la institución con quienes aduce estar recibiendo un trato discriminatorio.

Finalmente se refirió a la *“Prescripción de las mesadas pensionales”* de conformidad con el artículo 60 del Decreto 1091 de 1995, que señala un término de cuatro años, que se cuenta a partir de la fecha en que surge el derecho para la reclamación.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró probada la excepción de *“inexistencia del derecho”*, negó las pretensiones del demandante y lo condenó en costas; señaló que, al actor no le asiste derecho a la reliquidación de su salario con la inclusión del subsidio familiar en un porcentaje del 30% del salario básico por su esposa, 5% por su primer hijo y 4% por su segundo hijo, toda vez que, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1091 de 1995 que fija el régimen de asignaciones y prestacional del nivel ejecutivo, el cual no incluye al cónyuge como persona que cause el pago del subsidio familiar.

Que el señor Diego Alberto Restrepo Jiménez, recibió un pago por concepto de subsidio familiar nivel ejecutivo por valor de \$ 62.638 pesos m/cte, tal como se denota en el desprendible de pago obrante en la actuación; que es evidente que la prestación reclamada no está siendo negada por la entidad que se demanda, pues la misma ha sido reconocida conforme a la normatividad aplicable.

En cuanto a la trasgresión del derecho a la igualdad con respecto a los agentes, suboficiales y oficiales de la Policía Nacional, alegada por el demandante, consideró que el mismo no tiene acogida, pues conforme lo dijo el Consejo de Estado, el régimen del nivel ejecutivo resulta ser más favorable, que el régimen dispuesto para los agentes y suboficiales de la Policía Nacional, de manera que no se trasgrede el derecho a la igualdad invocado por quien acciona.

De igual manera consideró que, no es posible otorgar el subsidio familiar como lo solicita el actor, pues en virtud del principio de inescindibilidad de la norma ello implicaría desconocer las normas que regulan el nivel ejecutivo de la Policía Nacional, lo cual a todas luces resulta ser improcedente. En cuanto a la transgresión del principio de progresividad y prohibición de retroceso, alegada en la demanda y en los alegatos de conclusión consideró que, el mismo no tiene asidero, pues tal como se dijo en los párrafos precedentes en atención a lo expuesto por el máximo Tribunal en lo Contencioso Administrativo, el régimen prestacional del nivel ejecutivo de la Policía Nacional del cual hace parte el actor, es más favorable que el régimen prestacional de los agentes y suboficiales de la Policía Nacional

4. Recurso de apelación

El demandante solicitó revocar la sentencia y en su lugar acceder a sus pretensiones, para ello señaló que:

- Tal y como se edificó el libelo inicial, así como en la fijación del litigio, se considera vulnerado el derecho a la igualdad de la familia del demandante. Que teniendo en cuenta lo anterior, en los eventos donde se considere presuntamente trasgredido el artículo 13 constitucional, surge la necesidad judicial de aplicar lo que la Corte Constitucional ha denominado "*Juicio Integrado de Igualdad*".

Que la sentencia de primera instancia no hace referencia a dicha figura, situación extraña ya que, en los alegatos de conclusión se realizó tal aseveración. Lo cual trae consigo una falta de interpretación judicial, ya que, se repite, es necesario aplicar en el caso bajo examen el juicio constitucional.

Que los sujetos a comparar son, por una parte, los hijos, hijas, esposa, esposo, compañeras permanentes y compañeros permanentes de los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, por otro lado, los hijos, hijas, esposa, esposo, compañeras permanentes y compañeros permanentes de los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional. Nótese que nos encontramos frente a dos grupos de idéntica naturaleza, toda vez que, los dos poseen su eje constitucional en el artículo 42 de la Constitución Política, así mismo, los hijos e hijas poseen idénticas prebendas de acuerdo con el Código de la Infancia y la adolescencia, así como por el artículo 44 de la Constitución.

El bien, beneficio o ventaja respecto del cual se da el tratamiento desigual: el beneficio o ventaja que reciben las familias de los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional con respecto de los miembros del Nivel Ejecutivo, corresponde a un mayor porcentaje de reconocimiento a título de subsidio familiar, ya que los primeros perciben hasta un 47% del sueldo básico del uniformado, y a las familias de los miembros del Nivel Ejecutivo no se reconoce ningún porcentaje por la esposa, esposo, compañera o compañero permanente, y por los hijos, se reconoce un valor inferior por cada uno de ellos. Por lo anterior, estamos frente a un plano jurídico, más exactamente normativo, donde se reconoce una ventaja adicional entre grupos iguales.

- Que el primer argumento utilizado por el *a quo* fue la imposibilidad de mixturar dos

regímenes, extrayendo lo más favorable de cada uno, para así crear un tercer régimen, situación que trasgrede el principio de inescindibilidad de la norma laboral. Al respecto el recurrente afirma que difiere de dicho argumento por cuanto: desde una óptica constitucional, de conformidad con la teoría universal de los derechos fundamentales suscrita por el maestro Robert Alexy, la diferencia diametral entre un principio y una regla recae en su estructura normativa, en su eje esencial y en su estructura general o particular.

Que para estos efectos, la inescindibilidad no se encuentra plasmada en los 380 artículos de la Constitución, pero si está consagrada en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo. Que la fuente de la inescindibilidad es de carácter legal, y teniendo en cuenta que estamos frente a una consecuencia jurídica directa y específica, bajo la estructura normativa trasliterada, no cabe la menor duda que se trata de una regla.

Que partiendo de lo anterior, se debe tener en cuenta la existencia de un serio conflicto entre una regla legal como lo es la inescindibilidad y los derechos constitucionales como los son la igualdad, familia e interés del menor, aclarando que estos derechos poseen una doble dimensión, principio y derecho fundamental, ya que de su estructura normativa se extrae la generalidad y ámbito amplificador.

Que teniendo en cuenta la sentencia emitida por el *a quo*, se manifiesta que si bien es cierto la fuente de la inescindibilidad es legal, por vía jurisprudencial se elevó esta figura jurídica a la categoría de principio; manifiesta estar en desacuerdo ya que, la función de la Corte Constitucional, entre otras, es la de interpretar los principios, valores y derechos fundamentales, más no la de erigir preceptos legales a un rango constitucional, más cuando la diferencia entre regla y principio es clara y no depende de interpretación de la norma sino de la estructura de la misma.

Que en el evento que se considere la inescindibilidad como principio, no cabe duda que entonces estaríamos frente a lo que Robert Alexy denomina un caso difícil, toda vez que, existe un choque entre principios constitucionales, para lo cual es necesario aplicar reglas de ponderación, en otras palabras, con claridad el eje problemático sería lo siguiente: *¿Qué pesa más, el principio de inescindibilidad o los principios y derechos fundamentales a la igualdad, menor y familia?*

- Que no es de recibo la aseveración lanzada por el *a quo* cuando anuncia que el régimen salarial del demandante es mejor que el de los demás miembros de la Policía Nacional, por simple deducción piramidal de la institución es dable manifestar que los oficiales perciben un mejor salario que los miembros del nivel ejecutivo. Sin embargo, tal y como se adujo en la demanda, es entendible que los oficiales perciban un mejor salario en razón a su carga, funciones y lineamiento institucional, sin embargo, con respecto del subsidio familiar, teniendo en cuenta su finalidad y titularidad, de conformidad con las sentencias T-942 de 2014 y T-623 de 2016, no es constitucionalmente válido manifestar que los oficiales deban percibir un mejor subsidio familiar, más cuando las familias (titulares de la prebenda) son los directamente afectados, en caso contrario, se estaría afirmando que el núcleo familiar del oficial merece una mejor y mayor protección por parte del Estado que las familias de los miembros del Nivel Ejecutivo.

Que el subsidio familiar es un reconocimiento que no tiene que ver con la categoría, funciones, ingreso, jerarquía o elementos de los uniformados, su función exclusiva es la protección de la familia, por lo cual son indiferentes todos estos elementos enunciados por el despacho, resaltando el hecho que el núcleo familiar del trabajador es el titular de la prebenda.

- Que el *a quo* manifiesta que el ingreso al nivel ejecutivo por parte del demandante fue voluntario y teniendo en cuenta ello, quedó sometido a todo el régimen salarial y prestacional que gobierna dicha categoría, por lo cual no puede venir a reclamar derechos que él conocía desde su inicio laboral. Al respecto el recurrente considera que, desde una óptica legal sería válido, sin embargo, es constitucionalmente reprochable tal aseveración, por el simple hecho que los derechos fundamentales son irrenunciables, inherentes al ser humano e intransferibles, por lo que, así el demandante conociera el sistema laboral que lo iba a gobernar, no es admisible afirmar que él debía renunciar a sus derechos fundamentales para pertenecer a la categoría del nivel ejecutivo, es relevante e imperioso entender el conflicto constitucional del presente asunto.
- Que el *a quo* consideró negar las pretensiones en protección de la sostenibilidad fiscal del sistema laboral y en consideración a que el Consejo de Estado, mediante sentencia de Unificación del 29 de abril del año 2019, al verificar el sistema prestacional de los soldados profesionales manifestó que, en protección del principio de sostenibilidad fiscal, solo serán partidas computables para la asignación de retiro las que estén expresamente contempladas en el decreto reglamentario. Al respecto el recurrente considera que dicho argumento lesiona fuertemente el sistema social de derecho toda vez que, si bien es cierto protege los intereses estatales en razón a la sostenibilidad fiscal del sistema, permite que el “supuesto principio” desplace la protección de derechos de carácter fundamental como lo son la igualdad, la familia y la protección del menor y adolescente. La sostenibilidad fiscal no es un principio, se trata de un eje orientador que permite cumplir los fines del estado, más no es un valor, principio o derecho constitucional, por lo cual no es posible su materialización por sí mismo, requiere de complementos que permitan adecuarse a las necesidades de la administración.
- Que el fallador inicial, teniendo en cuenta las pruebas observa cuál es el salario que percibe el demandante, el cual considera para la fecha de la presentación de la demanda era un valor considerable, por ende no es procedente el reconocimiento pretendido a título de subsidio familiar, ya que, tal y como se verifica en la jurisprudencia constitucional y en la Ley 21 de 1982, dicha prebenda es para los trabajadores de menores y medianos ingresos, y desde la óptica del juez, el demandante no se puede considerar de bajos ingresos. Al respecto el apelante considera que es una aseveración sin fundamento que así lo sustente, es decir, manifiesta que se trata de una persona de ingresos altos sin observar cuál es el criterio que evidencie quién se considera una persona de ingresos altos, eso traduce un defecto sustantivo directo.

En primer término, se podría considerar que sí se trata de una persona de ingresos altos, sin embargo, esto no es cierto desde la óptica jurisprudencial, ya que de conformidad con las sentencias C-1433 de 2000 y C-1064 de 2001, providencias que fijaron regla jurisprudencial, donde se manifiesta que los empleados públicos de ingresos altos son los que superan el promedio ponderado de los salarios de los empleados públicos del sector central colombiano, por el contrario, los que están por debajo de este promedio, se consideran de ingresos bajos.

Que partiendo de lo anterior, no puede ser discrecionalidad del juez manifestar quién es un empleado de ingresos altos, ya que debe existir prueba de lo anterior para ello, y como en el caso bajo examen no reposa prueba del mismo, es necesario aplicar el principio *pro operario*, el cual traduce que en el evento que exista duda laboral debe resolverse a favor del trabajador. Que si el subsidio familiar debe reconocerse a los empleados de bajos ingresos, por qué los oficiales de la Policía Nacional perciben hasta un 47% a título de subsidio familiar, teniendo en cuenta que son las personas que mejor y mayor salario perciben en la institución, situación verificable en el artículo 1 del Decreto 1002 del año 2019.

- Que el *a quo* manifiesta que, si el demandante está en desacuerdo con los decretos que establecen el reconocimiento del subsidio familiar para los miembros del nivel ejecutivo, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no es el medio de control a ejercer para detentar dicha disconformidad, por lo cual es necesario ejercer la acción de nulidad simple ante el Consejo de Estado. Al respecto el apelante considera que, no puede desconocerse el control difuso de constitucionalidad que deben ejercer los jueces, inclusive de oficio, cuando se observa una presunta vulneración de la Constitución Política de Colombia por parte de una norma de inferior jerarquía.
- Que existen sentencias del Consejo de Estado donde se analizó un tema similar al caso que nos ocupa, sin embargo, la esencia de esa línea jurisprudencial no es aplicable al caso bajo examen por cuanto: En esos casos se verificó la existencia de un presunto desmejoramiento del personal que, siendo suboficial o agente de la Policía Nacional, se homologó al nivel ejecutivo, es decir, se observó si hubo trasgresión del principio de progresividad de conformidad con la homologación. - Bajo ninguna esfera de la demanda se manifestó que existió un desmejoramiento salarial, por el contrario, los argumentos centrales del libelo poseen su fuente en la trasgresión del principio y derecho constitucional a la igualdad de la familia de mi poderdante.
- Que el fallador en primera instancia manifiesta que el subsidio familiar del nivel ejecutivo no es factor computable en la asignación de retiro del demandante; por lo que es necesario realizar un profundo análisis de la jurisprudencia que rodea la materia. Al respecto trajo a colación varios pronunciamientos de la Corte Constitucional (C-337 de 2011, C-629 de 2011, T-942 de 2014, T- 623 de 2016) y del Consejo de Estado, (Exp: 0686-10 del 08 de junio de 2017; Exp: 3337-14 del 19 de abril de 2018; Exp: 1936-16 del 10 de mayo de 2018), sobre el tema objeto de examen, para concluir que, los oficiales, tanto de las fuerzas militares, como de la policía nacional, perciben una remuneración mayor a los miembros del nivel ejecutivo, y así mismo, se les reconoce un porcentaje mucho más alto por concepto de subsidio familiar, y también se les incluye en la liquidación de sus asignaciones y pensiones, es decir, también existe una incongruencia en la aplicación del subsidio familiar en este aspecto, situación que termina de consolidar el hecho de la desigualdad que se presenta en el reconocimiento de esta especial prima. Por tanto se evidencia que no hay lugar a que se declare la excepción de inexistencia del derecho, expuesta por el *a quo*.
- En cuanto a la condena en costas señaló que, dentro del proceso la entidad accionada no probó su causación, por ende, no era aplicable la imposición de las mismas.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

Al analizar la sentencia de instancia y los argumentos pertinentes de apelación se tiene que, el problema jurídico se centran en dilucidar: *¿Le asiste derecho al demandante a que se reliquide su salario incluyendo el subsidio familiar en un porcentaje del 30% del salario básico por su esposa; 5% por su primer hijo y 4% por su segundo hijo?*

¿Procedía la condena en costas en primera instancia a cargo de la parte demandante?

2. Primer problema jurídico

Tesis del Tribunal: Al demandante no le asiste derecho a que se reliquide su salario incluyendo el subsidio familiar en un porcentaje del 30% del salario básico por su esposa, 5%

por su primer hijo y 4% por su segundo hijo, por cuanto el reconocimiento del subsidio familiar se ha efectuado debidamente por la entidad demandada, de conformidad con los artículos 15 y siguientes del Decreto 1091 de 1995.

Además, no existe vulneración del derecho a la igualdad del demandante y de su familia, como miembro de la Policía Nacional del nivel ejecutivo, en comparación con los suboficiales y oficiales de esa institución en lo relacionado con el reconocimiento y pago del subsidio familiar, por cuanto la disparidad existente en dichos regímenes tiene origen, entre otras cosas, en el nivel de requisitos y responsabilidades de cada uno de esos cargos.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: i) los hechos acreditados; ii) el Fundamento jurídico sobre: el régimen de asignaciones y prestaciones del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional y el derecho a la igualdad entre miembros del nivel ejecutivo y oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional; para descender al análisis del iii) caso concreto.

2.1. Hechos relevantes acreditados

➤ El demandante se vinculó a la Policía Nacional en el servicio militar desde el 29 de enero de 1994 hasta el 21 de enero de 1995, como alumno del nivel ejecutivo desde el 06 de febrero de 1995 al 31 de enero de 1996 y como patrullero en el nivel ejecutivo desde el 01 de febrero de 1996 hasta el 27 de abril de 2019 fecha de expedición del mencionado documento. (fls. 75-78 C.1).

➤ Mediante Resolución S-2017- 054175 / ANOPA – GRUNO – 1.10 del 18 de diciembre de 2017, la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional negó la inclusión del subsidio familiar solicitado por la parte actora. (fl. 73-74 C.1).

➤ Conforme al registro civil de matrimonio, el actor contrajo matrimonio con Clareth Cecilia Chacón Santander. (fl. 79 C.1).

➤ Conforme al registro civil de nacimiento, el demandante es el padre de Ana Sofia Restrepo Chacón nacida el 24 de mayo de 2001 y del menor Diego Jesús Restrepo Chacón nacido el 05 de septiembre de 2006. (fls. 81.83 C.1).

➤ Conforme al desprendible de pago de agosto de 2018, el demandante recibió un pago por concepto de subsidio familiar por valor de \$ 62.638. (fl. 34 C.1).

2.2. Fundamento jurídico

2.2.1. Régimen de asignaciones y prestaciones del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional

El Gobierno Nacional expidió el Decreto 132 del 13 de enero de 1995, por el cual se desarrolló la carrera profesional del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, así:

“ARTÍCULO 13. INGRESO DE AGENTES AL NIVEL EJECUTIVO. Podrán ingresar al primer grado del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, los agentes en servicio activo siempre y cuando reúnan los siguientes requisitos:

(...)

PARÁGRAFO 1°. Los agentes en servicio activo que no sean bachilleres, tendrán plazo de tres (3) años contados a partir de la vigencia del presente decreto, para acreditar este requisito, o en su defecto, deberán adelantar y aprobar un curso de nivelación académica de acuerdo con reglamentación que expida la Dirección General de la Policía Nacional.

PARÁGRAFO 2°. Los agentes que al momento de ingresar al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, hayan cumplido ocho (8) o más años de servicio activo como tales, ingresarán al grado de Subintendente, sin perjuicio de los requisitos exigidos en los numerales 1°, 2°, y 3° de este artículo.

ARTÍCULO 15. RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DEL PERSONAL DEL NIVEL EJECUTIVO. El personal que ingrese al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, se someterá al régimen salarial y prestacional determinado en las disposiciones que sobre salarios y prestaciones dicte el Gobierno Nacional.

ARTÍCULO 82. INGRESO AL NIVEL EJECUTIVO. El ingreso al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional no podrá discriminar, ni desmejorar, en ningún aspecto la situación de quienes están al servicio de la Policía Nacional."

Posteriormente el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1091 de 1995, por el cual se expide el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, que en cuanto al subsidio familiar para el personal del nivel ejecutivo señaló:

Artículo 15. Definición. El subsidio familiar es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, en proporción al número de personas a cargo y de acuerdo a su remuneración mensual, con el fin de disminuir las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia. Esta prestación estará a cargo del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional.

Parágrafo. El subsidio familiar no es salario, ni se computa como factor del mismo en ningún caso.

Artículo 16. Pago en dinero del subsidio familiar. El subsidio familiar se pagará al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo. El Gobierno Nacional determinará la cuantía del subsidio por persona a cargo.

Artículo 17. De las personas a cargo. Darán derecho al subsidio familiar las personas a cargo del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, que a continuación se enumeran:

- a. Los hijos legítimos, extramatrimoniales, adoptivos e hijastros menores de doce (12) años.*
- b. Los hijos legítimos, extramatrimoniales, adoptivos e hijastros mayores de doce (12) años y menores de veintitrés (23) años, que acrediten estar adelantando estudios primarios, secundarios y post-secundarios en establecimientos docentes oficialmente aprobados.*
- c. Los hermanos huérfanos de padre menores de dieciocho (18) años.*
- d. Los hijos y hermanos huérfanos de padre que sean inválidos o de capacidad física disminuida, que hayan perdido más del 60% de su capacidad normal de trabajo.*
- e. Los padres mayores de sesenta (60) años, siempre y cuando no reciban salario, renta o pensión alguna.*

Para efecto del pago del subsidio se consideran personas a cargo las enumeradas, cuando convivan y dependan económicamente del personal del nivel ejecutivo y se hallen dentro de las condiciones aquí estipuladas.

Artículo 18. Reconocimiento del subsidio familiar. La Junta Directiva del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional reglamentará el reconocimiento y pago del Subsidio Familiar.

Artículo 19. Extinción del subsidio familiar. El subsidio familiar dejará de ser percibido por el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, en los siguientes casos:

- a) Por muerte de la persona a cargo;*
- b) Por independencia económica;*
- c) Por incumplimiento de los requisitos establecidos para su reconocimiento y pago;*
- d) Por constitución de familia por vínculo natural o jurídico;*
- e) Por cumplir la edad límite.*

Artículo 20. Novedades de personas a cargo. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, deberá informar al Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional por conducto de la Dirección General de la Policía, los nacimientos o muertes del personal a cargo, el término de la convivencia y cualquier otro hecho que determine modificaciones en la cuantía del subsidio, dentro del mes siguiente en que cualquiera de dichos eventos ocurra.

Artículo 21. Prohibición pago doble subsidio familiar. En ningún caso habrá lugar al reconocimiento de doble subsidio familiar. Cuando el cónyuge o compañero(a) permanente del miembro del nivel ejecutivo, preste sus servicios en el Ministerio de Defensa o en la Policía Nacional, el subsidio familiar se reconocerá al que perciba mayor sueldo básico: si éste fuere igual, recibirá el subsidio quien acredite mayor tiempo de servicio.

El miembro del nivel ejecutivo cuyo cónyuge o compañero (a) permanente, preste servicio en otra entidad oficial, para tener derecho al subsidio familiar, deberá acreditar que su cónyuge o compañero(a) ha renunciado a dicha prestación en la entidad donde trabaja, mediante certificación expedida por esta última.

2.2.2. Derecho al igualdad entre miembros del nivel ejecutivo y oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional

El Consejo de Estado en sentencia del 25 de noviembre de 2019¹ refiriéndose a la nulidad propuesta contra algunos artículos de los decretos reglamentarios 1029 de 1994, 1091 de 1995, 4433 de 2004 y 1858 de 2012, referentes entre otros al subsidio familiar, señaló:

106. Ahora bien, al estudiar el régimen prestacional de los Oficiales, Suboficiales, Agentes frente al personal ejecutivo de la Policía Nacional, encuentra la Sala que sus miembros no se les reconocen los mismos emolumentos. Sobre el particular, se tiene:

DECRETO 1212 DE 1990	DECRETO 1213 DE 1990	DECRETO 1091 DE 1995
...		
SUBSIDIO FAMILIAR		

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección B. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. sentencia de 25 de noviembre de 2019, expedientes: 110010325000201400186-00 (0444-2014) y 110010325000201401554-00 (5008-2014).

<p>Art. 82 "A partir de la vigencia del presente Decreto los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, en servicio activo, tendrán derecho al pago de un subsidio familiar que se liquidará mensualmente sobre el sueldo básico, así:</p> <p>a. Casados el treinta por ciento (30%), más los porcentajes a que se tenga derecho conforme al literal c. de este artículo.</p> <p>b. Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a devengarlos, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c. Del presente artículo.</p> <p>c. Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás, sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%)."</p>	<p>Art. 46 "A partir de la vigencia del presente Decreto, los Agentes de la Policía Nacional en servicio activo, tendrán derecho al pago de un subsidio familiar que se liquidará mensualmente sobre el sueldo básico, así:</p> <p>a. Casados el treinta por ciento (30%), más los porcentajes a que se tenga derecho conforme al literal c. de este artículo.</p> <p>b. Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a devengarlos, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c. del presente artículo.</p> <p>c. Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%). (...)"</p>	<p>Art. 16 "Pago en dinero del subsidio familiar. "El subsidio familiar se pagará al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo. El Gobierno Nacional determinará la cuantía del subsidio por persona a cargo."</p>
---	---	---

107. Del cuadro comparativo expuesto, observa la Sala lo siguiente:

...

• **Los decretos que regulan a los Oficiales, Suboficiales y Agentes señalan la forma de liquidar el subsidio familiar, sobre el sueldo básico. Mientras que para los miembros del Nivel Ejecutivo se indica que será el Gobierno Nacional quien determinará la cuantía del subsidio.**

108. En este sentir, se tiene que esta Corporación ha sostenido en reiteradas oportunidades,² que si bien el régimen del Nivel Ejecutivo no contempla el pago de las primas de actividad y antigüedad, ni del subsidio familiar con carácter salarial, no se generó una desmejora de las condiciones laborales de los agentes y suboficiales que se acogieron a la homologación. Es así como, en sentencia de 15 de marzo de 2018,³ esta Subsección señaló:

«En efecto, si bien en el régimen salarial y prestacional del Nivel Ejecutivo no se contemplaron las primas de actividad y antigüedad, entre otras, y el monto del subsidio familiar fue reducido; no obstante, ello, de por sí, no implica que el régimen al que se acogió le haya sido desfavorable, pues la comparación entre

² Ver sentencias Subsección A, sentencia de 3 de marzo de 2016, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero; radicación: 25000-23-42-000-2013-00067-01(3546-13); Subsección A, sentencia de 19 de mayo de 2016, M.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación 25000-23-25-000-2012-00108-01(3396-14); Subsección A, sentencia de 17 de noviembre de 2016, M.P. William Hernández Gómez, radicación: 25000-23-42-000-2013-05603-01(2296-14); Subsección A, sentencia de 15 de febrero de 2018, M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 17001233300020130008101 (4370-2013); Subsección A, sentencia de 7 de marzo de 2018, M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 08001233300020140146501 (0221-2017).

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Expediente: 630012333000201300121 01 (0387-2015); Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

uno y otro no se puede hacer en forma aislada ni fraccionada respecto de cada uno de los factores prestacionales, bonificaciones o auxilios, sino que es necesario verificar la existencia de una desmejora en la generalidad de componentes que integran su remuneración, dentro de la cual está incluida la asignación básica mensual que fue el principal elemento diferencial entre uno y otro régimen, y el motivo por el cual los agentes y suboficiales de la Institución se acogieron a la homologación.

En otras palabras, este desmejoramiento no puede mirarse aisladamente o factor por factor, pues ello permitiría la posibilidad de crear, sin competencia para el efecto, un tercer régimen, compuesto por aquellos elementos más favorables de cada uno de las normativas en estudio (en este caso, el de los Suboficiales - Decreto 1212 de 1990, por un lado; y, el del Nivel Ejecutivo - Decreto 1091 de 1995, por el otro).

Además en virtud del principio de inescindibilidad, la favorabilidad del Nivel Ejecutivo a la que se acogió libremente el demandante debe aplicarse en su integridad, pues es posible que en la nueva normativa (Decreto 1091 de 1995) existan ventajas no estipuladas mientras ostentó la condición de Suboficial y que, a su turno, se hayan eliminado otras, pese a lo cual su condición de integrante del Nivel Ejecutivo le haya permitido, incluso, mejorar sus condiciones salariales y prestacionales.

...

*“110. De acuerdo con lo expuesto, se concluye que **no se presentó una «regresión» en materia laboral respecto de los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, toda vez que desde su creación, cuenta con un régimen salarial y prestacional propio. En tal medida no se da un desconocimiento de los principios de favorabilidad, condición más beneficiosa y progresividad, pues atendiendo al principio de inescindibilidad, no podía el Gobierno Nacional tomar los aspectos favorables de cada régimen para su creación. Ello cobra especial importancia respecto del personal homologado, quienes pese a que recibían unos emolumentos que al cambiarse de grado desaparecieron o cambiaron su carácter salarial, mejoraron sus condiciones salariales en atención a otras ventajas que se le otorgaron al nivel ejecutivo, y por las cuales decidieron unirse a este.**” (Se resalta)*

2.3. Caso concreto

Como se vio, se encuentra acreditado que, el demandante ha prestado los servicios a la Policía Nacional en el servicio militar desde el 29 de enero de 1994 hasta el 21 de enero de 1995, como alumno del nivel ejecutivo desde el 06 de febrero de 1995 al 31 de enero de 1996 y como patrullero en el nivel ejecutivo desde el 01 de febrero de 1996 hasta el 27 de abril de 2019 fecha de expedición del mencionado documento. (fls. 75-78 C.1).

Así, el actor pertenece al nivel ejecutivo de la Policía Nacional, por lo que la normatividad aplicable, en lo que se refiere al subsidio familiar, es la dispuesta en los artículos 15 y siguientes del Decreto 1091 de 1995 que dispone que, este no es salario, ni se computa como factor del mismo en ningún caso; que además, otorga dicho derecho cuando los miembros del nivel ejecutivo tienen a su cargo hijos, sin embargo, no contempla al cónyuge como persona a cargo que dé lugar a su pago.

Se encuentra acreditado además que, el actor contrajo nupcias con la señora Clareth Cecilia Chacón Santander y procreó a Ana Sofia y Diego de Jesús; que además, recibió en agosto 2018 el pago por concepto de subsidio familiar nivel ejecutivo por valor de \$62.638, valor que se encuentra en consonancia con el artículo 16 del decreto ibidem, que señala que “*El Gobierno Nacional determinará la cuantía del subsidio por persona a cargo*”, y con el artículo 28 del Decreto 324 de 2018, mediante el cual se fijan los sueldos básicos del personal del nivel ejecutivo y que señala la suma de \$31.319, por persona a cargo.

Por lo tanto, se colige que, la prestación reclamada está siendo reconocida conforme a la normatividad aplicable, la cual no contempla el reconocimiento del subsidio familiar como parte del salario, en los porcentajes y por las razones solicitadas por el demandante.

Ahora bien, el demandante reprocha la Resolución S-2017- 054175 / ANOPA – GRUNO – 1.10 del 18 de diciembre de 2017, por medio del cual, la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional negó la inclusión del subsidio familiar en su salario mensual, equivalente a un 30% por su cónyuge, 5% por su primer hijo y 4% por su segundo hijo; por lo que solicitó inaplicar por inconstitucionales e inconvenientes los artículos⁴ que fijan el valor del subsidio familiar contenidos en los decretos expedidos anualmente por el Presidente de la República desde 2008, en los que se fijan *“los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares; Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional; Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; se establecen bonificaciones para Alféreces, Guardiamarinas, Pilotines, Grumetes y Soldados, se modifican las comisiones y se dictan otras disposiciones en materia salarial”*.

Afirma en síntesis en su recurso de apelación que, se deben inaplicar por inconstitucional tales normas, según lo manda el artículo 4 de la Carta Política, por cuanto vulneran el principio de igualdad en el reconocimiento y pago del subsidio familiar para los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en tanto que sí se incluye para los Oficiales, Suboficiales y Agentes.

Al respecto cabe destacar que, el Consejo de Estado reiteradamente ha sostenido que no existe vulneración al derecho a la igualdad entre el régimen salarial y prestacional de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, analizado en su integridad, frente al que cubre a los suboficiales y agentes de la institución, en particular, porque la asignación salarial les resultó favorable. En efecto precisó que⁵:

“Contrario a lo afirmado por el interesado, lo que se observa es que el Ejecutivo no lesionó el mandato de no regresividad, pues de la comparación global entre el antiguo y nuevo régimen es evidente que el Decreto No. 1091 de 1995 le reporta nuevos beneficios que compensan los que le fueron suprimidos, tales como la prima de retorno a la experiencia y la prima del nivel ejecutivo; y, tampoco se allegó prueba dentro del expediente por parte del actor tendiente a probar la desmejora de su situación salarial y prestacional, por el contrario, se advierte un aumento significativo en el salario básico.

Tampoco se evidencia una discriminación del actor, toda vez que la aplicación del Decreto 1091 de 1995 deviene de su situación legal y reglamentaria de servicio público con vinculación en el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

Por último, como se dejó expuesto en el marco normativo y jurisprudencial, la Sala⁶ ya se había pronunciado sobre el presunto desmejoramiento de la situación salarial y prestacional del personal activo que ingresó al Nivel Ejecutivo. En aquella oportunidad, sostuvo la Sala:

⁴ Artículo 28 del Decreto 673 del año 2008; artículo 27 del Decreto 737 del año 2009; artículo 27 del Decreto 1530 del año 2010; artículo 27 del Decreto 1050 del año 2011; artículo 27 del Decreto 842 del año 2012; artículo 27 del Decreto 1017 del año 2013; artículo 27 del Decreto 187 del año 2014; artículo 27 del Decreto 1028 del año 2015; artículo 27 del Decreto 214 de 2016; artículo 27 del Decreto 984 de 2017; artículo 28 del Decreto 324 de 2018.

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 9 de febrero de 2015, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, Radicación número: 17001-23-33-000-2012-00152-01(2987-13).

⁶ Cita de cita: Sentencia de 31 de enero de 2013. NI. 0768-12.

“El citado desmejoramiento, no obstante, no puede mirarse aisladamente o, dicho de otra forma, factor por factor, pues ello permitiría la posibilidad de crear, sin competencia para el efecto, un tercer régimen, compuesto por aquellos elementos más favorables de cada uno de los regímenes en estudio [en este caso, el de Agentes - Decreto 1213 de 1990, por un lado; y, el del Nivel Ejecutivo - Decreto 1091 de 1995, por el otro]. Por el contrario, y en virtud del principio de inescindibilidad [ampliamente delineado por la jurisprudencia laboral contenciosa], la favorabilidad del Nivel ejecutivo al que se acogió libremente el interesado debe observarse en su integridad, pues es posible que en la nueva normativa aplicable [la contenida en el Decreto 1091 de 1995] existan ventajas no estipuladas mientras ostentó la condición de Agente y que, a su turno, se hayan eliminado otras, pese a lo cual, en su conjunto, su condición de integrante de Nivel Ejecutivo le haya permitido, incluso, mejorar sus condiciones salariales y prestacionales”.

Además se ha precisado que, la disparidad existente en dichos regímenes tiene origen, entre otras cosas, en el nivel de requisitos y responsabilidades de cada uno de esos cargos. Al respecto, el Consejo de Estado, en sentencia del 22 de abril de 2021⁷ precisó que:

“...la interpretación jurisprudencial vigente consiste en que dicha disparidad no comporta, per se, una discriminación, puesto que ello tiene origen, entre otras cosas, en el nivel de requisitos y responsabilidades de cada uno de esos cargos, tal como se aclaró en la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019 proferida por la Sección Segunda de esta corporación, providencia que, si bien se ocupó de analizar dicha temática en relación con los soldados profesionales, guarda estrecha similitud con el asunto bajo examen en cuanto a sus supuestos fácticos y jurídicos y, por tanto, en criterio de las autoridades judiciales, es plenamente aplicable.

...

Así las cosas, esta Sala considera que las providencias cuestionadas contienen una carga argumentativa suficiente y razonable que condujo a negar las pretensiones de la demanda instaurada por el señor HIGINIO AVILEZ GUTIÉRREZ encaminada a que se inaplicaran, por excepción de inconstitucionalidad, las normas que excluyeron el subsidio familiar como partida computable para el reconocimiento de su asignación de retiro, pues ambas autoridades hicieron referencia a las diferentes posiciones jurisprudenciales que se han suscitado en torno al tema y las razones por las cuales consideraron aplicable la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, en la que, se repite, se descartó una violación de principios y derechos constitucionales con ocasión de dicha diferenciación, con lo que se encuentra acreditada la carga de transparencia”. (Se resalta)

Aunado a lo anterior, en aplicación del principio de inescindibilidad, el demandante no se puede favorecer de las ventajas de uno y otro régimen, máxime cuando la decisión de acogerse al nivel ejecutivo de la Policía Nacional, surgió en forma libre y espontánea, y ello conlleva la aceptación de las normas que fijaban los salarios y prestaciones sociales del régimen salarial que se fijó para el personal del nivel ejecutivo.

Además, ante regímenes tan disímiles, como son, el nivel ejecutivo y el de los Oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, no es procedente continuar con el estudio de las demás etapas del test de igualdad, ya que para la prosperidad de un juicio de igualdad se precisa la existencia de supuestos o situaciones que objetiva, material y funcionalmente sean equiparables, a fin de establecer qué es lo igual que merece un trato igual. Al respecto,

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda. C.P. Gabriel Valbuena Hernández, sentencia de tutela de 22 de abril de 2021. expediente: 11001-03-15-000-2020-05145-01(AC)

el Consejo de Estado, en sentencia del 18 de marzo de 2021⁸ precisó que:

“76. Nótese además que, la conclusión a la que llegó la autoridad judicial demandada resulta proporcional, razonable y adecuada, pues afirmó, que los regímenes especiales son inescindibles por lo que no es dable pretender la aplicación y beneficio de todas las normas que rigen los diferentes niveles al interior de la Policía Nacional, además el estatuto de carrera consagra que el personal del Nivel Ejecutivo, está en una categoría inferior a la de los Suboficiales, por lo que es lógico que tengan un régimen salarial más benéfico que quienes se encuentran en el grado inmediatamente inferior.

77. De manera que, ante regímenes tan disímiles (del nivel ejecutivo y demás miembros de la fuerza pública) no era procedente continuar con el estudio de las demás etapas del test de igualdad, como lo advirtió la Corporación acusada, ya que para la prosperidad de un juicio de igualdad se precisa la existencia de supuestos o situaciones que objetiva, material y funcionalmente sean equiparables, a fin de establecer “qué es lo igual que merece un trato igual y qué es lo divergente que exige, por consiguiente, un trato diferenciado”.

78. Lo anterior permite concluir que los defectos sustantivo y desconocimiento del precedente de la Corte Constitucional invocados por la señora Ahumada Marciales, no están llamados a prosperar y, en consecuencia, la Sala negará la tutela deprecada”. (Se resalta)

Por la misma razón, esto es, que ese trato diferenciado entre los integrantes y sus familias del nivel ejecutivo por un lado, y los oficiales, suboficiales y agentes y sus familias de la Policía Nacional por el otro, está justificado en las funciones y responsabilidad que se asumen en el desarrollo de las actividades, tampoco se evidencia la vulneración de las garantías superiores a la igualdad y la familia invocadas por el demandante. Al respecto, el Consejo de Estado, en sentencia del 5 de febrero de 2021⁹ precisó que:

“Así las cosas, aunque el subsidio familiar no repercute en la asignación de retiro de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, como sí sucede en las reconocidas a los agentes, suboficiales y oficiales de la fuerza pública, ello no involucra trasgresión de las garantías superiores a la igualdad y la familia, por cuanto ese trato diferenciado está justificado en las funciones y responsabilidad que asumen.

Por consiguiente, los señores magistrados al no aplicar la excepción de inconstitucional no inobservaron la Carta Política, porque, se reitera, el trato prestacional disímil entre el personal del nivel ejecutivo y los agentes, suboficiales y oficiales de la Policía Nacional, en lo concerniente a la inclusión del subsidio familiar en sus asignaciones de retiro, resulta razonable, por lo que tampoco se configuró la violación directa de la Constitución Política.

A partir de los anteriores prolegómenos y comoquiera que la sentencia cuestionada no adolece de desconocimiento del precedente ni de violación directa de la Constitución, esta Sala negará el amparo deprecado”. (Se resalta)

2.4. Conclusión

Al demandante no le asiste derecho a que se reliquide su salario incluyendo el subsidio familiar

⁸ Consejo de Estado, Sección Quinta. C.P. Rocío Araújo Oñate, sentencia de tutela de 18 de marzo de 2021. expediente: 11001-03-15-000-2021-00004-00(AC)

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección B. C.P.: Carmelo Perdomo Cuéter. Sentencia de tutela de 5 de febrero de 2021. Radicación número: 11001-03-15-000-2020-05145-00(AC)

por concepto de su cónyuge en un porcentaje del 30% por concepto de su primer hijo en un porcentaje del 5% y por su segundo hijo un 4%, por cuanto el reconocimiento del subsidio familiar se ha efectuado de conformidad con los artículos 15 y siguientes del Decreto 1091 de 1995.

Además, no existe vulneración del derecho a la igualdad del demandante y de su familia, como miembro de la Policía Nacional del nivel ejecutivo, en comparación con los suboficiales y oficiales de esa institución en lo relacionado con el reconocimiento y pago del subsidio familiar.

Por lo tanto, no es procedente inaplicar en el caso concreto el artículo 28 del Decreto 673 del año 2008; artículo 27 del Decreto 737 del año 2009; artículo 27 del Decreto 1530 del año 2010; artículo 27 del Decreto 1050 del año 2011; artículo 27 del Decreto 842 del año 2012; artículo 27 del Decreto 1017 del año 2013; artículo 27 del Decreto 187 del año 2014; artículo 27 del Decreto 1028 del año 2015; artículo 27 del Decreto 214 del año 2016; artículo 27 del Decreto 984 del año 2017; artículo 28 del Decreto 324 del año 2018, que fijan anualmente el valor del subsidio familiar para el “... *Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional...*” .

Por las razones expuestas, no prosperan los argumentos señalados por el apelante y en consecuencia se confirmará la sentencia de primera instancia.

3. Segundo Problema Jurídico *¿Fue adecuada la imposición de condena en costas en primera instancia a cargo de la parte demandante?*

Tesis del Tribunal: Fue adecuada la imposición de condena en primera instancia a cargo de la parte demandante por cuanto el *a quo* aplicó el criterio objetivo valorativo.

Señala la apelante que la condena en costas impuesta en primera instancia debe ser revocada por cuanto no se está anexando prueba siquiera sumaria sobre el acarreo de las mismas.

Al respecto, en la sentencia apelada se indicó que, para la condena en costas, se tendrán en cuenta las Agencias en Derecho a cargo de la parte demandante y a favor de la parte demandada, las cuáles se fijan en la suma de \$2.209.767 equivalentes al 6% de las pretensiones de la demanda, conforme lo estipulado en el artículo 5º numeral 1º del Acuerdo PSAA16-10554 Agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

La Sala precisa que, si bien el artículo 366 del CGP en su numeral 5º establece la procedencia del recurso de apelación contra el auto que aprueba la liquidación de las costas procesales; dicha disposición no resulta aplicable para el caso bajo estudio, toda vez, que en esta ocasión aún no existe auto que apruebe la liquidación de costas; es más, lo que se discute no es su liquidación, sino la condena en sí, la cual, al ser objeto de decisión en la sentencia de primera instancia, resulta apelable de conformidad con el inciso primero del artículo 243 del CPACA. En tal sentido, la Sala estima procedente abordar la discusión planteada por la entidad accionada por vía de alzada.

Así las cosas, la Corte Constitucional¹⁰ ha explicado que las costas, esto es, “*aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial*” están conformadas por dos rubros distintos: las expensas y las agencias en derecho.

¹⁰ C-539 de 1999. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º, numeral 198 (parcial) del Decreto 2282 de 1989, "Por el cual se introducen algunas modificaciones al Código de Procedimiento Civil" Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz Expediente D-2313

Las primeras corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo, pero distintos al pago de apoderados, así, de conformidad con el Capítulo II del Título I -Costas- del CGP, las expensas están conformadas por aranceles judiciales, honorarios de auxiliares de la justicia, entre otros, es decir, en términos generales a todos los gastos surgidos para dar el curso procesal ordinario requerido por el proceso judicial.

Por su parte, prosigue el citado pronunciamiento jurisprudencial constitucional advirtiendo que *"las agencias en derecho no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora, aun cuando pueden fijarse sin que necesariamente hubiere mediado la intervención directa de un profesional del derecho"*.

El artículo 188 del CPACA dispone que: *"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"*.

En atención a la remisión expresa del artículo referido, se tiene entonces que el Código General del Proceso en su artículo 365 establece:

"ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción."

En este punto se considera necesario destacar que, el H. Consejo de Estado mediante providencia de 7 de abril de 2016, advirtió sobre la variación de la postura que se venía aplicando respecto de las condenas en costas y agencias en derecho, basada en la modificación introducida por el CPACA y que encuentra sustento en el CGP puesto que la normatividad anterior, Decreto 01 de 1984 consagraba originalmente en su artículo 171, un criterio subjetivo de valoración, en el cual se atendía exclusivamente a caracteres como la temeridad o mala fe, para proferir condenas en costas y agencias en derecho, en síntesis, advirtió el establecimiento de un nuevo criterio objetivo en lo que respecta a la imposición de costas procesales.

Ahora bien, con respecto al referido cambio de criterio para la imposición de costas procesales el H. Consejo de Estado ha desarrollado una línea jurisprudencial pacífica, en el sentido de advertir que si bien el fundamento la imposición de costas ha variado a razones de índole meramente objetivo, es necesario que en los términos del precitado numeral 8º del artículo 365 del CGP se comprueba para su imposición que *“en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*. En efecto, la aludida corporación¹¹ ha señalado:

“[E]sta Subsección..., varió aquella posición y acogió el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino los aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. En dicha oportunidad concluyó lo siguiente:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” —CCA— a uno “objetivo valorativo” —CPACA—.

b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

¹¹ Consejo de Estado. Sección Segunda, Sentencia 12 de abril de 2018. C. P. William Hernández Gómez Radicado: 05001233300020120043902 (01782017).

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por lo anterior, se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público.”

De lo expuesto se concluye que, aunque el criterio para condenar en costas sea objetivo, este también debe ser valorativo, lo que impone al operador judicial el deber de precisar los motivos por los cuales considera que procede la condena en costas, es decir, por qué aduce que se causaron las mismas. Análisis que fue realizado en la providencia de primera instancia, en la que se indicaron las razones por las cuales se consideró que se habían causado las agencias en derecho.

Al respecto en la sentencia apelada se precisó que,

“De manera que afirmar que un proceso judicial en el que es menester adelantar una gestión profesional, sin adquirir la obligación para con el togado (ténganse en cuenta las excepciones a dicha representación judicial mediante abogado), es un despropósito, ya que el juez tiene en frente de sus ojos, un expediente judicial en el cual consta que las partes acudieron a los servicios de los profesionales del derecho para preparar gestiones previas a la iniciación del proceso como conciliaciones, averiguaciones probatorias y de otro orden, presentar la demanda, o su contestación, gestionar las notificaciones a sus contrapartes y demás sujetos procesales, recorrer los diversos traslados, acudir a audiencias y diligencias, interponer recursos, solicitar otros trámites como los incidentales, hacer seguimiento al avance del proceso, etc. En fin, siempre al llegarse a la sentencia, se hace evidente como que al amanecer sale el sol, que la parte vencedora realizó gestión procesal, como para que se diga que las agencias en derecho no aparecen comprobadas.

Las agencias en derecho, son pues los costos económicos que debe asumir la parte, para realizar en su favor las tareas profesionales que, en principio, solo quien tiene tales estudios está autorizado a adelantar (salvo excepciones legales). Valga anotar que las agencias en derecho inclusive se causan aún en el proceso en que se litigue sin apoderado (Art. 366-3 CGP)”.

De acuerdo al análisis precedente, a la redacción del artículo 188 de la ley 1437 de 2011, y al atender y acoger el criterio objetivo valorativo, se confirmará la condena en costas y agencias en derecho impuestas a la parte demandante en primera instancia.

4. Costas en esta instancia

No se condenará en costas de conformidad con el artículo 365 del CGP (Código General del Proceso), toda vez que no se encuentra acreditada su causación en esta instancia.

Por lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

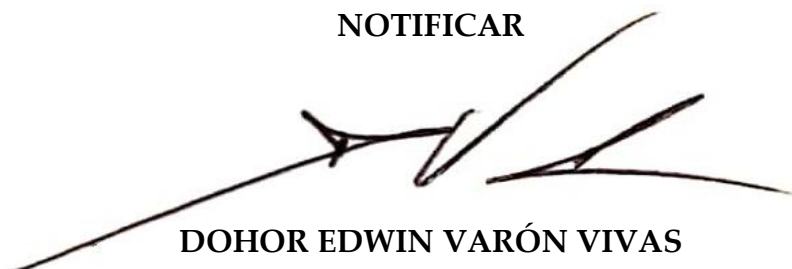
PRIMERO: Se Confirma la sentencia proferida el 28 de junio de 2021 por el Juzgado Primero Administrativo de Manizales, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho propuesto por Diego Alberto Restrepo Jiménez contra la Nación - Ministerio de Defensa – Policía Nacional.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 56 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 203

Manizales, veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Radicado: 17-001-33-39-006-2019-00248-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Efigas Gas Natural S.A. ESP
Demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios - SSPD

Se decide el recurso de apelación formulado por la demandante contra la sentencia que negó sus pretensiones.

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda.

1.1. Pretensiones

La demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad de i) la Resolución SSPD 20182400002095 del 24 de enero de 2018 “por la cual se impone una sanción a Efigas Gas Natural SA ESP”, proferida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; ii) la Resolución SSPD 20182400127235 del 17 de octubre de 2018 que confirmó la sanción impuesta; que se declare que Efigas no está obligado a cancelar la multa impuesta y por consiguiente, se ordene a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios la devolución de la suma de dinero cancelada por éste concepto, debidamente indexada, y se reconozcan intereses remuneratorios desde la fecha en que Efigas realizó el pago hasta la fecha del reintegro.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata en síntesis que, la Dirección de Investigaciones de Energía y Gas de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios inició investigación administrativa y formuló pliego de cargos con radicado 20162400253021 del 06 de mayo de 2016 - expediente 2016240350600052E - en contra de Efigas.

Que Efigas presentó descargos el 21 de junio de 2016, exponiendo la ausencia de mérito para que se continuara con la investigación administrativa y la inexistencia de infracción a las normas citadas en el pliego de cargos. Que la Superintendencia a través de la Resolución 20172400998041 del 27 de julio de 2017, decretó la práctica de pruebas de oficio y que Efigas presentó alegatos de conclusión.

Que la Superintendencia mediante la Resolución SSPD 20182400002095 del 24 de enero de 2018 la sancionó con multa por valor \$15.624.840. Que Efigas interpuso recurso de

reposición, el cual fue decidido mediante Resolución SSPD No. 20182400127235 del 17 de octubre de 2018, que confirmó la sanción. Que la sanción fue cancelada por Efigas el 20 de noviembre de 2018.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Consideró que los actos demandados adolecen de los siguientes vicios de nulidad:

1.3.1. Infracción de las Normas en que deben fundarse los actos administrativos sancionatorios.

1.3.1.1. Norma Violada: artículo 29 de la Constitución Política de Colombia.

Concepto de Violación: Consideró que los actos trasgreden el principio de legalidad por lo siguiente:

El cargo que fue elevado a Efigas por parte de la Superintendencia se soportó en el presunto incumplimiento de los artículos 153 y 159 de la Ley 142 de 1994 y en la motivación sustento de la sanción se señaló como vulnerada la Circular Externa SSPD 000003 de 2004 y el artículo 29 de la CP. Que ni la circular, que no tiene carácter legal, ni el artículo 29 CP, fueron señalados como normas violadas en el pliego de cargos, por lo que no hubo oportunidad para la defensa de Efigas de pronunciarse sobre dichas normas, lo que violenta el principio de legalidad, pues se usa una circular sin carácter vinculante para soportar un incumplimiento, desconociendo que para asuntos sancionatorios existe reserva legal y las conductas por las cuales los administrados pueden ser sancionados deben estar descritas de manera clara y concreta en normas con fuerza de ley.

Señaló que además, existe una *indebida motivación*, por falta de congruencia entre el pliego de cargos y la motivación del acto sancionatorio, ya que no puede tomarse la decisión de sancionar y usarse para tasar la sanción, presuntos incumplimientos que no fueron endilgados en el pliego de cargos y no fueron objeto del derecho de defensa.

1.3.1.2. Norma Violada. Artículo 81 “La Superintendencia de servicios públicos domiciliarios podrá imponer las siguientes sanciones a quienes violen las normas a las que deben estar sujetas, según la naturaleza y la gravedad de la falta:...”

Concepto de violación. Señaló que, la facultad sancionatoria de la Superintendencia está reglada y para elegir la pena se debe ponderar la naturaleza y la gravedad de la falta y en caso de multa, el monto debe graduarse atendiendo al impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio público y el factor de reincidencia.

Que en el caso particular, la Superintendencia impone una multa con una justificación que irrespeta el principio de legalidad de la pena ya que sólo consigna unas afirmaciones generales que no permiten ejercer una correcta defensa, dado que no hay una explicación sobre porque la sanción fue multa y mucho menos una explicación razonable de la cuantía.

Afirma que la Superintendencia se limitó a expresar que la conducta de Efigas era grave, sin demostrar su conclusión y acudiendo a criterios subjetivos, como la razonabilidad y la proporcionalidad, decidiendo una cuantía que no es coherente con los lineamientos legales definidos para ello, como son la reincidencia y la afectación a la buena marcha del servicio.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

La **Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios** -en adelante **SSPD**, se opuso a las pretensiones de la demandante y aceptó como ciertos los hechos de la demanda haciendo un pronunciamiento sobre cada uno de los cargos de violación.

Respecto del vicio de infracción de normas en que debía fundarse señaló que, a la Superintendencia le asiste la potestad para ejercer control, inspección y vigilancia de la entidades que prestan servicios públicos, haciendo relación del marco normativo regulatorio; que para el momento en que se impuso la sanción a Efigas, la Superintendencia no contaba con la reglamentación especial de los criterios de graduación de las multas a que se refiere el numeral 81.2 y en consecuencia se tuvieron en cuenta los criterios del artículo 50 del CPACA y realizó un análisis de la conducta por la que Efigas fue objeto de sanción.

En cuanto al alegato de la parte demandante relativo a la tipicidad de la sanción, señaló que fue el artículo 159 de la Ley 142 de 1994, y que la circular cuestionada es un criterio solamente orientador.

Respecto a la tasación injustificada de la sanción, en los términos expuestos por Efigas, citó las sentencias C 125 de 2003, C 1026 de 2001 de la Corte Constitucional y otras, para afirmar que, sí se dio aplicación al principio de proporcionalidad y razonabilidad.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* negó las pretensiones de la demandante y la condenó en costas. Señaló que, respecto al argumento que se le imputó una infracción que no está definida por ley, dado que en la Ley 142 de 1994 no establecido el término para remitir los expedientes a la Superintendencia a fin que se surtan los recursos de apelación, ello no tiene asidero en tanto que, si existe concreción, pues el artículo 159 de la ley 142 de 1994 señala: "*...una vez presentado este recurso al mismo se le dará el trámite establecido en el código contencioso administrativo*".

En cuanto a la variación del fundamento normativo consagrado en el pliego de cargos y después el señalado en el acto sancionatorio, esto es, concretamente que la Circular 000003 de 2004 no fue indicada como norma violada desde el pliego de cargos, lo mismo lo atinente al artículo 29 de la CP, señaló que, una vez analizado el trámite y desarrollo del procedimiento administrativo sancionatorio adelantado por la demandada, no le asiste razón al demandante en lo referente a una pretendida incongruencia entre el pliego de cargos y las decisiones de instancia. Que en todas las etapas del procedimiento sancionatorio, la Superintendencia fue coherente en imputarle el mismo cargo al demandante y en individualizar la conducta reprochada; que al señalarse la norma violada y al realizar la adecuación normativa, siempre se indicó que había una posible vulneración a la norma de la Ley 142 de 1994.

En cuanto a la indebida motivación del acto demandado señaló que, un cotejo entre el contenido del pliego de cargos formulado al actor y los actos sancionatorios demandados permite evidenciar la congruencia o identidad en el cargo elevado, la modalidad de la conducta y la gravedad de la misma.

En cuanto a la violación del artículo 81 señaló que, la SSPD al momento de graduar y dosificar la sanción, tuvo en cuenta los conceptos del artículo 81 de la Ley 142 de 1994, esto es, la naturaleza y la gravedad del hecho y estableció que tras una descripción amplia y detallada de la naturaleza de la infracción en que incurrió Efigas, la cual no sólo trasgredió la regulación en materia de servicios públicos domiciliarios, sino que vulneró derechos fundamentales del usuario y atendiendo al factor de no reincidencia y bajo el principio de proporcionalidad y razonabilidad, procedió a imponer la sanción, que graduó en la suma

referida en el acto administrativo bajo examen judicial. Por tanto afirmó que la sanción se encuentra motivada, por lo que el cargo no está llamado a prosperar.

Con fundamento en lo anterior concluyó que, ninguna de las pruebas obrantes en el proceso permite establecer de manera clara y equívoca los cargos de nulidad alegados por Efigas frente a los actos demandados, al tenor que la parte demandante no logró acreditar sus dichos tal como era su carga según lo demandan las normas procesales.

4. Recurso de apelación

La **demandante** solicitó revocar la sentencia y en consecuencia sean acogidas sus pretensiones. Sobre la primer causal de nulidad alegada, es decir, la violación al debido proceso, la interpretación dada por el *a quo* resulta totalmente ajustada a una interpretación sistémica del ordenamiento legal aplicable, además, resulta de una aplicación por remisión de una norma que esta llamada llenar vacíos cuando estos se presenten, sin embargo, no fue este el ejercicio realizado por la SSPD ni en el pliego de cargos ni en las resoluciones a través de las cuales se decidió y confirmó aplicar una sanción.

Analiza el contenido de la resolución que decide sancionar a Efigas por este cargo y señala que, - la SSPD concluye que se vulneró el artículo 159 de la Ley 142 de 1994, es decir, sólo uno de los artículos en los que soportó el cargo uno que se investigó; - a la vulneración del artículo 159 de la Ley 142 de 1994 le adiciona "*... de conformidad con lo dispuesto en la Circular Externa SSPD 000003 de 2004, en concordancia con el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia.*" - Las normas adicionales que sustentan la conclusión de la Superintendencia no fueron tenidas en cuenta en el pliego de cargos en relación con el cargo uno, en consecuencia, la defensa del pliego de cargos no hizo referencia a estas normas. - La referida Circular no tiene jerarquía legal, requisito básico para darle cumplimiento al principio de legalidad en cualquier régimen sancionatorio.

En cuanto al marco legal de la investigación indicado en la resolución sancionatoria, afirma que la Superintendencia: - No tiene en cuenta el artículo 153 de la Ley 142 de 1994, norma usada para soportar el cargo uno del pliego de cargos. - Expresa de manera equivocada que "*De acuerdo con lo señalado en el Pliego de Cargos las conductas de Efigas corresponden a una infracción al artículo 29 de la Constitución Política...*", y reiteró que es equivocada la afirmación porque esta referencia normativa, artículo 29 de la Constitución Política, sólo es usada para sustentar el cargo dos del pliego de cargos, al igual que el artículo 155 de la Ley 142 de 1994, no se consideró para la imputación del cargo uno. - Hace referencia al artículo 159 de la Ley 142 de 1994 nuevamente en concordancia con la Circular Externa SSPD 000003 de 2004, norma esta que no se tuvo en cuenta en el pliego de cargos para ninguno de los cargos investigados.

Que además, en el aparte normativo aplicable a la investigación, indicado en la resolución, la SSPD reconoce el vacío legal existente sobre la indefinición del término para remitir los expedientes a la Superintendencia con la finalidad de que se pronuncie sobre los recursos de apelación presentados por los usuarios, vacío que en su concepto se complementa con lo expuesto en la Circular Externa SSPD 000003 de 2004, es decir, que para la Superintendencia, la obligación que tienen los prestadores se define en dos normas complementarias, el artículo 159 de la Ley 142 de 1994 y la Circular Externa SSPD 000003 de 2004, norma que se repite, no tiene carácter legal y no fue considerada como vulnerada en el pliego de cargos.

Que además, el marco normativo analizado por la Superintendencia no incluye la Ley 1437 de 2011 ni el plazo de 2 meses analizado por el Despacho; que la Superintendencia es enfática en afirmar que se incurrió en un incumplimiento al no remitir el expediente en el

término de 3 días, complementando un vacío legal con una circular externa proferida por esa misma autoridad y dándole un alcance suficiente como para ejercer su facultad sancionatoria a partir de esta circular.

Que la Superintendencia estima que al demostrarse el incumplimiento de la Circular Externa SSPD 000003 de 2004 se concluye que se incumplió el artículo 159 de la Ley 142 de 1994 y el artículo 29 de la Constitución Política -CP-, sin embargo, ni la Circular Externa SSPD 000003 de 2004 ni el artículo 29 de la CP, se presentaron como normas violadas en el pliego de cargos para el cargo uno, por tal razón, los argumentos de defensa no se refirieron a estas normas ni se controvertió este presunto incumplimiento.

Sobre la segunda causal de nulidad alegadas señaló que, la incongruencia expuesta para la primera causal de nulidad ocasiona que también se configure una vulneración al debido proceso en la investigación administrativa que terminó con sanción, ya que la motivación de la sanción se sustenta en normas que no fueron imputadas al investigado en el pliego de cargos, como son la Circular Externa SSPD 000003 de 2004 y el artículo 29 de la Constitución Política, por tal razón, la defensa de Efigas no las tiene en cuenta, no las controvierte, sencillamente las desconoce, porque no puede ejercerse un derecho de defensa material sobre un presunto incumplimiento que no se le ha expuesto al investigado.

Por lo anterior, también se configura una indebida motivación del acto administrativo por falta de congruencia entre el pliego de cargos y la motivación del acto sancionatorio, ya que no puede tomarse la decisión de sancionar y usarse para tasar la sanción, presuntos incumplimientos que no fueron endilgados en el pliego de cargos, no fueron objeto del derecho de defensa ni se tuvieron en cuenta para aportar pruebas o controvertirlas.

I. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Conforme lo establece el artículo 328 del C.G.P., aplicable al proceso contencioso administrativo por remisión expresa de su artículo 267, el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio.

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centra en establecer: *¿Adolecen de nulidad la Resolución SSPD No. 20182400002095 del 24 de enero de 2018 “por la cual se impone una sanción a Efigas” y la Resolución SSPD No. 20182400127235 del 17 de octubre de 2018, que confirmó la sanción impuesta, por incurrir en violación al debido proceso, y una indebida motivación del acto administrativo por falta de congruencia entre el pliego de cargos y la motivación del acto sancionatorio?*

2. Tesis del Tribunal

Las resoluciones demandadas, no se encuentran viciadas de nulidad, por cuanto: no se evidencia una violación al debido proceso, pues el hecho de que en la motivación de la Resolución sancionatoria se invoquen normas adicionales - Circular Externa SSPD 000003 de 2004 y artículo 29 de la Constitución Política- a las tenidas en cuenta en el pliego de cargos no implican la vulneración del derecho de defensa. Además, que se invoque una Circular Externa, la cual la demandante considera que carece de carácter legal, tampoco constituye una vulneración al principio de legalidad.

Tampoco se evidencia una indebida motivación de los actos demandados, pues no se

presenta una falta de congruencia entre el pliego de cargos y la motivación del acto sancionatorio.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a los hechos acreditados para descender al análisis de los cargos formulados por la recurrente.

3. Hechos acreditados

De las pruebas obrantes en el expediente, se logra establecer que:

➤ La Dirección de Investigaciones de Energía y Gas de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios - SSPD inició investigación administrativa y formuló pliego de cargos con radicado 20162400253021 del 06 de mayo de 2016 - expediente 2016240350600052E - en contra de Efigas, basada en que:

1. Cargo Uno

1.1. Hechos:

“La empresa EFIGAS GAS NATURAL S.A. E.S.P. presuntamente vulnera lo establecido en los artículos 153 y 159 de la Ley 142 de 1994, ya que luego de haber dado respuesta al recurso de reposición impetrado por el usuario MARINO ALBERTO CASTAÑO CARMONA el 04 de febrero de 2015, -servicio identificado ante la prestadora con el Suministro No. 428455-, y de haber concedido el recurso subsidiario de apelación mediante decisión empresarial con Radicación interna Nro PQR-2015-1447 del 13 de febrero de 2015, no cumple con el deber legal de remitir el expediente a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, sino que es hasta el 24 de agosto del 2015 cuando la prestadora procede a enviarlo, es decir, que la empresa deja transcurrir seis (6) meses y diez (10) días y ello, en atención a que la Dirección Territorial Occidente - DTO de ésta Superservicios. procede a solicitarles el envío del mismo mediante el Oficio SSPD Nro 20152300157331 del 11 de agosto de 2015”.

2. Cargo Dos

2.1. Hechos:

La empresa EFIGAS GAS NATURAL S.A. E.S.P. presuntamente vulnera el derecho al Debido Proceso -artículo 29 de la Constitución Política de Colombia- al usuario MARINO ALBERTO CASTAÑO CARMONA -servicio identificado con el Suministro No 429455-, y lo establecido en el artículo 155 de la Ley 142 de 1994, ya que la prestadora procede a la suspensión del servicio, permaneciendo el servicio suspendido por más de siete (7) meses, estando aún pendiente por definir el trámite del recurso subsidiario de apelación que le fue otorgado mediante decisión empresarial con Radicación interna Nro. PQR-2015-1447 del 13 de febrero de 2015; es decir, no habiéndose agotado aún la actuación administrativa correspondiente”. (fl. 19-23 C. 1)

➤ La SSPD mediante Resolución SSPD 20182400002095 del 24 de enero de 2018, sancionó a Efigas con multa por valor \$15.624.840. (fl. 25-37 C. 1)

➤ Efigas el 16 de febrero de 2018, interpuso recurso de reposición contra la resolución anterior, el cual fue decidido mediante Resolución SSPD 20182400127235 del 17 de octubre de 2018, que confirmó la sanción. (fl. 39-54. C. 1)

4. Análisis del caso concreto

En el recurso de apelación, la demandante reitera los argumentos expuestos en la demanda y reprocha las decisiones del *a quo* respecto de algunos de los cargos. Así las cosas, la Sala, por razones metodológicas, analizará los argumentos de la parte actora en el orden presentado en el escrito del recurso.

4.1. Violación del debido proceso - Norma Violada: artículo 29 de la Constitución Política

4.1.1. La parte demandante, en el recurso de apelación insiste en que se presenta esta causal de nulidad toda vez que, en la Resolución que decide sancionar a Efigas, la SSPD concluye que se vulneró el artículo 159 de la Ley 142 de 1994, es decir, sólo uno de los artículos en los que soportó el cargo uno que se investigó y le adiciona “... *de conformidad con lo dispuesto en la Circular Externa SSPD 000003 de 2004, en concordancia con el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia.*” Que estas normas adicionales no fueron tenidas en cuenta en el pliego de cargos en relación con el cargo uno, en consecuencia, la defensa frente al pliego de cargos no hizo referencia a estas normas ni se controvertió este presunto incumplimiento.

Al respecto, la Sala una vez analizado **el pliego de cargos** formulado contra Efigas dentro del expediente administrativo 2016240350600052E evidencia que, la Dirección de Investigaciones para Energía y Gas Combustible de la SSPD relacionó con precisión y claridad, los hechos que lo originan, la persona objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serían procedentes, lo cual se encuentra en armonía con el artículo 47 del CPACA que señala:

“Artículo 47. Procedimiento administrativo sancionatorio. Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes.

*Las actuaciones administrativas de naturaleza sancionatoria podrán iniciarse de oficio o por solicitud de cualquier persona. Cuando como resultado de averiguaciones preliminares, la autoridad establezca que existen méritos para adelantar un procedimiento sancionatorio, así lo comunicará al interesado. **Concluidas las averiguaciones preliminares, si fuere del caso, formulará cargos mediante acto administrativo en el que señalará, con precisión y claridad, los hechos que lo originan, las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serían procedentes.** Este acto administrativo deberá ser notificado personalmente a los investigados. **Contra esta decisión no procede recurso**”.* (Se resalta)

En cuanto al primer cargo formulado, los hechos o conductas en que presuntamente había incurrido la empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios se describieron así:

“La empresa EFIGAS GAS NATURAL S.A. E.S.P. presuntamente vulnera lo establecido en los artículos 153 y 159 de la Ley 142 de 1994, ya que luego de haber dado respuesta al recurso de reposición impetrado por el usuario MARINO ALBERTO CASTAÑO CARMONA el 04 de febrero de 2015, -servicio identificado ante la prestadora con el Suministro No. 428455-, y de haber concedió el recurso subsidiario de apelación mediante decisión empresarial con Radicación interna Nro PQR-2015-1447 del 13 de febrero de 2015, no cumple con el deber legal de remitir el expediente a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, sino que es hasta el 24 de agosto del 2015 cuando la prestadora procede a enviarlo, es decir, que la empresa deja transcurrir seis (6) meses y diez (10) días y ello, en atención a que la Dirección Territorial Occidente - DTO de ésta Superservicios. procede a solicitarles el envío del mismo mediante el Oficio SSPD Nro 20152300157331 del 11 de agosto de 2015”.

En cuanto a las normas presuntamente vulneradas se citaron los artículos 153 y 159 de la Ley 142 de 1994, que señalan:

Artículo 153. De la oficina de peticiones y recursos. Todas las personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios constituirán una "Oficina de Peticiones, Quejas y Recursos", la cual tiene la obligación de recibir, atender, tramitar y responder las peticiones o reclamos y recursos verbales o escritos que presenten los usuarios, los suscriptores o los suscriptores potenciales en relación con el servicio o los servicios que presta dicha empresa.

Estas "Oficinas" llevarán una detallada relación de las peticiones y recursos presentados y del trámite y las respuestas que dieron.

Las peticiones y recursos serán tramitados de conformidad con las normas vigentes sobre el derecho de petición.

Artículo 159. De la notificación de la decisión sobre peticiones y recursos La notificación de la decisión sobre un recurso o una petición se efectuará en la forma prevista por el Código Contencioso Administrativo. El recurso de apelación solo se puede interponer como subsidiario del de reposición ante el Gerente o el representante legal de la Empresa, quien deberá en tal caso remitir el expediente a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Una vez presentado este recurso al mismo se le dará el trámite establecido en el Código Contencioso Administrativo.

Si dentro del trámite de la apelación, la Superintendencia de Servicios Públicos estima necesario practicar pruebas o el recurrente las solicita, deberá informar por correo certificado a las partes, con la indicación de la fecha exacta en que vence el término probatorio, que no puede ser superior a treinta (30) días hábiles, prorrogables hasta por otro tanto.

Parágrafo. Una vez presentado en forma subsidiaria el recurso de apelación, las partes podrán sustentar y aportar pruebas a la Superintendencia para que sean tenidas en cuenta al momento de resolver en segunda instancia." (FL. 20-21 C. 1)

Ahora bien, **en la Resolución Sancionatoria**, frente al primer cargo se mantuvo la imputación fáctica, esto es, la descripción de la conducta investigada, al respecto se indicó:

"así las cosas de acuerdo con los argumentos y el análisis probatorio expuesto, éste Despacho concluye que EFIGAS incumplió lo dispuesto en el artículo 159 de la ley 142 de 1994, al incumplir con el deber de remitir el expediente a la SSPD, para el trámite del recurso subsidiario de apelación invocado por el usuario en su momento y concedido por la prestadora, contraviniendo lo dispuesto por la disposición objeto de análisis y vulnerando el derecho fundamental al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política"

...

Como se ha manifestado en el presente acto administrativo, EFIGAS incumplió lo dispuesto en el artículo 159 de la Ley 142 de 1994. al incumplir con el deber legal de remitir el expediente a la SSPD para el trámite del recurso subsidiario de apelación invocado por el usuario y concedido por la prestadora" (se resalta)

Y en cuanto al "marco normativo aplicable a la investigación", precisó que:

"De acuerdo con lo señalado en el Pliego de Cargos las conductas de EFIGAS corresponden a una infracción al artículo 29 de la Constitución Política, al artículo 159 de la Ley 142 de 1994. en concordancia con lo establecido por la Circular Externa SSPD 000003 de 2004 y al artículo 155 de la misma Ley".

De acuerdo a lo anterior se tiene que, en la resolución sancionatoria, la SSPD en cuanto a las normas incumplidas por Efigas, citó el *artículo 159 de la Ley 142 de 1994* que hace referencia al *“deber legal de remitir el expediente a la SSPD para el trámite del recurso subsidiario de apelación invocado por el usuario”*. Aparte de lo anterior, se citó como *“marco normativo aplicable a la investigación”* el artículo 29 de la Constitución Política y la Circular Externa SSPD 000003 de 2004.

Esta Sala considera que, esta última referencia normativa no implica una vulneración al debido proceso de la entidad demandante por las siguientes razones:

- En el pliego de cargos, la imputación se efectuó por *“no cumplir con el deber legal de remitir el expediente a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, sino que es hasta el 24 de agosto del 2015 cuando la prestadora procede a enviarlo, es decir, que la empresa deja transcurrir seis (6) meses y diez (10) días”* y la sanción se impuso por ese mismo hecho. Es decir, la Superintendencia fue coherente en la descripción de la conducta reprochada y en la imputación del mismo cargo.

- La plena identidad o congruencia entre el pliego de cargos y la decisión sancionadora, como garantía de los derechos fundamentales de defensa y contradicción, estar dirigida a la identificación de la conducta investigada y la norma en que se encuentra descrito el deber infringido, de tal forma que el investigado tenga certeza plena de la infracción que se le atribuye y pueda orientar su defensa.

- Las normas adicionales citadas, como *“marco normativo aplicable a la investigación”* en la resolución sancionatoria, para nada modifican o alteran el contenido de las normas señaladas como infringidas en el pliego de cargos, que describen el deber infringido, sino que las ratifican y precisan su alcance.

En efecto, como se señaló anteriormente, los artículos 153 y 159 de la Ley 142 de 1994, señalan entre otros aspectos, *“la obligación de recibir, atender, tramitar y responder las peticiones o reclamos y recursos verbales o escritos que presenten los usuarios, los suscriptores o los suscriptores potenciales en relación con el servicio o los servicios que presta dicha empresa; que “las peticiones y recursos serán tramitados de conformidad con las normas vigentes sobre el derecho de petición” que “el Gerente o el representante legal de la Empresa, ... deberá en tal caso remitir el expediente a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Una vez presentado este recurso al mismo se le dará el trámite establecido en el Código Contencioso Administrativo”*.

Por su parte, el artículo 29 de la Constitución, consagra el derecho fundamental al debido proceso que debe regir en todas las actuaciones judiciales y administrativas y la Circular Externa SSPD 000003 de 2004 De: la Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios. Dirigido a: los Prestadores de Servicios Públicos, sobre el asunto: *“REMISIÓN DE EXPEDIENTES A LA SUPERINTENDENCIA PARA TRÁMITE DE RECURSO DE APELACIÓN” “solicita a los prestadores de servicios públicos lo siguiente:*

- 1. Remitir el expediente para trámite del recurso de apelación dentro de los tres días siguientes a la fecha en la cual se notifique la decisión del recurso de reposición.*
- 2. El expediente remitido debe contener por lo menos la documentación relativa a la reclamación inicial, pliego de cargos, descargos, la decisión empresarial con su constancia de notificación, el recurso de reposición presentado por el usuario, la decisión empresarial del recurso de reposición con su constancia de notificación.*

Al respecto se debe tener en cuenta, que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 158 de la Ley 142 de 1994 y 44 del C. C. A., el silencio administrativo positivo se configura cuando la

empresa no emite la respuesta dentro del plazo de los 15 días o, cuando dicta la respuesta en ese plazo pero no inicia el trámite de notificación al usuario dentro de los 5 días siguientes.

3. El expediente debe tener incorporado documentos tales como la factura objeto del recurso, actas de visitas, de suspensiones, de cortes, de aforo, de laboratorio, de análisis de sellos, constancias de estrato y demás soportes técnicos que se requieran según el caso.

Por lo tanto, las normas a las cuales se hizo referencia en la resolución sancionatoria “*como marco normativo aplicable a la investigación*”, para nada implicaron un cambio sustancial en la imputación, o la norma que se señaló como infringida -artículo 159 de la Ley 142 de 1994- que conllevara a una incongruencia entre el pliego de cargos y las decisiones sancionadora, pues todas ellas hacen referencia al deber legal que tienen las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios frente a las peticiones o reclamos de los usuarios, de tramitarlos de conformidad con las normas vigentes sobre el derecho de petición y sobre todo, del deber de remitir el expediente a la SSPD para que se resuelva el recurso de apelación interpuesto por el usuario.

- Además, Efigas tuvo la oportunidad en la vía administrativa de presentar y exponer ésta inconformidad en el recurso frente a la resolución sancionatoria, lo que ratifica la inexistencia de violación al debido proceso.

4.1.2. Frente al argumento del apelante en torno al hecho de que, en el marco normativo analizado por la Superintendencia no se incluyera la Ley 1437 de 2011, tampoco conlleva a la nulidad de los actos demandados, esto por cuanto, el artículo 159 de la Ley 142 de 1994 que expresamente fue citado tanto en el pliego de cargos como en la Resolución sancionatoria, como la norma incumplida, remite a las normas del Código Contencioso Administrativo, al señala: “...una vez presentado este recurso al mismo se le dará el trámite establecido en el código contencioso administrativo”.

Por lo tanto, ante la derogaría de este código, la remisión recaía en las normas del capítulo VI de la Ley 1437 de 2011 *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA.*

4.1.3. El recurrente señala que, en el aparte normativo aplicable a la investigación, indicado en la resolución sancionatoria, la SSPD reconoce el vacío legal existente sobre la indefinición del término para remitir los expedientes a la Superintendencia con la finalidad de que se pronuncie sobre los recursos de apelación, vacío que complementa con la Circular Externa SSPD 000003 de 2004, norma proferida por esa misma autoridad, dándole un carácter legal que no tiene y un alcance suficiente como para ejercer su facultad sancionatoria.

Al respecto encuentra la Sala que, del tenor literal del artículo 159 de la Ley 142 de 1994, la remisión del expediente por parte de la empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios a la Superintendencia para decidir el recurso de apelación interpuesto por los usuarios debe ser de forma **inmediata**, sin dilaciones injustificadas:

*“Artículo 159. De la notificación de la decisión sobre peticiones y recursos La notificación de la decisión sobre un recurso o una petición se efectuará en la forma prevista por el Código Contencioso Administrativo. El recurso de apelación solo se puede interponer como subsidiario del de reposición ante el Gerente o el representante legal de la Empresa, quien deberá en tal caso remitir el expediente a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. **Una vez presentado este recurso al mismo se le dará el trámite establecido en el Código Contencioso Administrativo.**”*

Ahora, las normas del capítulo VI de la Ley 1437 de 2011 no hacen referencia a un término

para remitir el expediente al superior jerárquico para que resuelva el recurso de apelación, sin embargo indican que, los recursos son una modalidad o forma en que se ejerce el derecho de petición y el termino para resolverlos, así:

“ARTÍCULO 13. Objeto y modalidades del derecho de petición ante autoridades. Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades, en los términos señalados en este Código, por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta resolución.

*Toda actuación que inicie cualquier persona ante las autoridades implica el ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, sin que sea necesario invocarlo. Mediante él, entre otras actuaciones, se podrá solicitar el reconocimiento de un derecho o que se resuelva una situación jurídica, que se le preste un servicio, pedir información, consultar, examinar y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e **interponer recursos**.*

*ARTÍCULO 14. Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones. Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los **quince (15) días siguientes a su recepción.**”*

Conforme a lo anterior, para resolver los recursos administrativos las autoridades competentes tienen un plazo general y expreso de **15 días hábiles**, salvo disposición legal especial en contrario. Y si no fuere posible resolverlos en dicho término, por concurrir de manera excepcional las condiciones fácticas y jurídicas descritas en el parágrafo del artículo 14, deberán resolverse en un plazo que no exceda los 30 días desde su oportuna interposición.

Adicionalmente, el artículo 86 ibidem señala que, *la no resolución oportuna de los recursos constituye falta disciplinaria* y que en caso de no resolverse el recurso en el plazo de dos meses contados a partir de la interposición de los recursos, se configura el silencio administrativo:

*Artículo 86. Silencio administrativo en recursos. Salvo lo dispuesto en el artículo 52 de este Código, transcurrido un plazo de **dos (2) meses**, contados a partir de la interposición de los recursos de reposición o apelación sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entenderá que la decisión es negativa.*

El plazo mencionado se suspenderá mientras dure la práctica de pruebas.

La ocurrencia del silencio negativo previsto en este artículo no exime a la autoridad de responsabilidad, ni le impide resolver siempre que no se hubiere notificado auto admisorio de la demanda cuando el interesado haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

La no resolución oportuna de los recursos constituye falta disciplinaria ~~gravísima~~”.

Ahora, en cuanto al tramite del recurso de apelación contra autos, pero en sede judicial, el articulo 244 del CPACA- previamente a la modificación realizada por la Ley 2080 de 2021, señalaba el siguiente tramite del recurso de apelación contra autos.:

“La interposición y decisión del recurso de apelación contra autos se sujetará a las siguientes reglas:

*1. Si el auto se profiere en audiencia, la apelación deberá interponerse y sustentarse oralmente en el transcurso de la misma. De **inmediato** el juez dará traslado del recurso a los demás sujetos procesales con el fin de que se pronuncien y a continuación procederá a resolver si lo*

concede o lo niega, de todo lo cual quedará constancia en el acta.

2. Si el auto se notifica por estado, el recurso deberá interponerse y sustentarse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes ante el juez que lo profirió. De la sustentación se dará traslado por Secretaría a los demás sujetos procesales por igual término, sin necesidad de auto que así lo ordene. Si ambas partes apelaron los términos serán comunes. El juez concederá el recurso en caso de que sea procedente y haya sido sustentado.

3. Una vez concedido el recurso, se remitirá el expediente al superior para que lo decida de plano.

4. Contra el auto que decide la apelación no procede ningún recurso”.

Por lo anterior, se concluye que, en cumplimiento de los principios que rigen a las actuaciones administrativas, como el de eficiencia y celeridad, los expedientes deben ser remitidos al superior a fin que se surta el recurso de apelación, de forma **inmediata** y sin dilaciones injustificadas, para permitir que el recurso sea resuelto dentro del plazo correspondiente y se garantice el derecho de petición de los usuarios.

Lo anterior por cuanto al retardarse injustificadamente la remisión del expediente ante el superior, conllevaría a que este no cuente con tiempo suficiente para analizar los argumentos del recurrente y resolver el recurso dentro de los dos meses siguientes.

Por tanto, el hecho que la SSPD a través de la Circular Externa SSPD 000003 de 2004 solicite a los prestadores de servicios públicos domiciliarios que, remitan el *expediente para trámite del recurso de apelación dentro de los tres días siguientes a la fecha en la cual se notifique la decisión del recurso de reposición*, no implica un desconocimiento de normas superiores, pues se reitera, es una solicitud que atiende a los principios que rigen a las actuaciones administrativas, como el de eficiencia y celeridad, además que dicho término resulta razonable y proporcional, pues está dirigido a que se permita a la Superintendencia resolver el recurso de apelación oportunamente.

Además, dicha pauta o criterio orientador, garantiza el derecho de defensa por cuanto en él se determina e informa a las prestadoras de servicios públicos domiciliarios el rango de tiempo que la Superintendencia considera razonable para que cumplan el deber de remitir el expediente para la decisión del recurso de apelación.

Adicionalmente, es claro que en el presente asunto, el recurso de apelación interpuesto por el usuario fue concedido por Efigas el 06 de marzo de 2015 y el expediente fue remitido a la SSPD el 24 de agosto de 2015; es decir, **más de 5 meses después de su interposición**, lo cual evidentemente no es un término razonable, teniendo en cuenta que, el término para resolver los recursos es de 15 días hábiles, sin perjuicios de la configuración del silencio administrativo.

Lo anterior, ha sido confirmado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, quien, en Concepto del 29 de octubre de 2012¹, señaló que:

“Para resolver los recursos administrativos las autoridades competentes tienen un plazo general y expreso de 15 días hábiles, de conformidad con los artículos 13 y 14 del CPACA, salvo disposición legal especial en contrario, Y si no fuere posible resolverlos en dicho término, por

¹ Radicación 2123 correspondiente al expediente 11001-03-06-000-2012-00084-00.

concurrir de manera excepcional las condiciones fácticas y jurídicas descritas en el parágrafo del artículo 14, deberán resolverse en un plazo que no exceda los 30 días desde su oportuna interposición”

Por lo anterior, ante la identidad de la imputación entre el pliego de cargos y la resolución sancionadora y al advertirse que no se violó el derecho fundamental al debido proceso de la sociedad demandante, el cargo objeto de análisis no está llamado a prosperar.

4.2. Indebida motivación.

La recurrente señaló que, se configura una indebida motivación del acto administrativo por falta de congruencia entre el pliego de cargos y la motivación del acto sancionatorio, ya que no puede tomarse la decisión de sancionar y usarse para tasar la sanción presuntos incumplimientos que no fueron endilgados en el pliego de cargos.

Al respecto, la Sala reitera lo expuesto en el análisis del cargo anterior, por cuanto del análisis del pliego de cargos formulado contra Efigas y la resolución por medio de la cual se impuso la sanción, se evidencia la congruencia o identidad en el cargo elevado, la descripción de los hechos y el deber infringido.

Como se vio, la citación de normas adicionales como infringidas, en la resolución que impuso la sanción, no conllevó a que se adicionaran o modificaran los presuntos incumplimientos endilgados en el pliego de cargos; pues las referidas normas, -artículo 29 de la Constitución Política y la Circular Externa SSPD 000003 de 2004-, hacen referencia al deber legal que tienen las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios frente a las peticiones o reclamos de los usuarios, de tramitarlos de conformidad con las normas vigentes sobre el derecho de petición y sobre todo, del deber de remitir el expediente a la SSPD dentro de un plazo razonable.

El análisis y valoración jurídica de los cargos que realizó la SSPD en la resolución sancionatoria, también giró en torno al estudio de la conducta endilgada a Efigas, consistente en incumplir el deber de remitir oportunamente el expediente, para el trámite del recurso de apelación invocado por el usuario en su momento y concedido por la prestadora.

Así las cosas, no le asiste la razón al actor al manifestar que no existe congruencia entre el pliego de cargos y las decisión sancionatoria, pues del anterior análisis se concluye que existió completa identidad entre ellas y por lo tanto no se presenta una indebida motivación del acto sancionatorio.

5. Conclusión

Según lo expuesto, la Sala despachará desfavorablemente los cargos formulados en el recurso de apelación, en tanto no le asiste razón a la parte actora. Por lo anterior, se impone confirmar en su integridad la sentencia apelada.

6. Costas en esta instancia

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, no se condenará en costas en esta instancia por cuanto no se encuentra acreditada su causación.

En mérito de lo expuesto la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas

administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. RESUELVE:

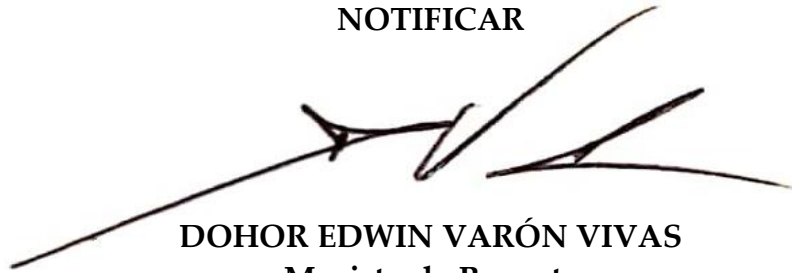
PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia del 20 de noviembre de 2020 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Efigas Gas Natural S.A. ESP contra la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 56 de 2021.

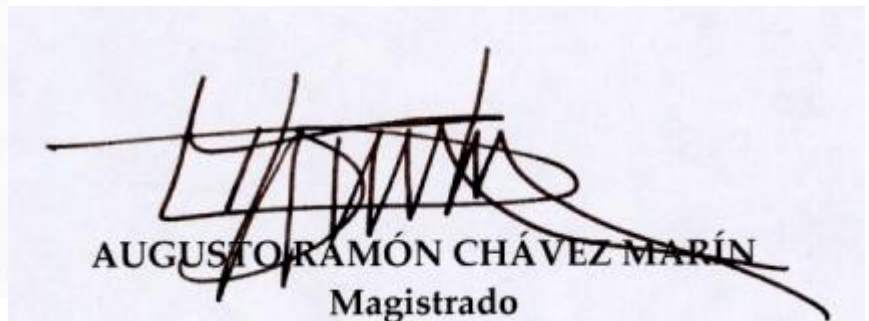
NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

DESPACHO 002

MAGISTRADA PONENTE: PATRICIA VARELA CIFUENTES

Manizales, veintinueve (29) de octubre de 2021.

AI. 275

REF: MEDIO DE CONTROL REPARACIÓN DIRECTA. DEMANDANTE: MAIRA ALEJANDRA TAMAYO NOREÑA Y OTRO. DEMANDADO: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF. RADICACIÓN 17 001 33 31 004 2019 00339

Se dispone la Sala a decidir el recurso de apelación presentado por la apoderada de la entidad demandada ICBF en contra del auto que negó la integración del litisconsorcio necesario con la Fundación Fesco.

ANTECEDENTES

En ejercicio del medio de control de reparación directa la sra Maira Alejandra Tamayo Noreña en su propio nombre y en representación del menor Nicolás Tamayo Rincón, demandó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, solicitando declarar administrativamente responsable a esta entidad por los daños causados al menor Nicolás Rincón Tamayo por vulneración a su integridad física y psicológica en hechos ocurridos en los meses de septiembre y octubre de 2018 mientras estaba bajo medida de protección del ICBF en hogar sustituto del municipio de Pensilvania-Caldas. En consecuencia solicitan los demandantes la indemnización por los perjuicios morales causados.

En la respuesta a la demanda la apoderada del ICBF formuló la excepción previa de *“No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios”* y *“no haberse ordenado la citación de otras personas que la ley dispone citar”*. Esto, con base en que el ICBF suscribió el contrato de aporte No. 17-0352-2017 con la Fundación Fesco para brindar atención especializada a los niños, niñas y adolescentes que tienen un proceso

administrativo abierto de restablecimiento de derechos, en la modalidad de Hogar Sustituto, con vigencia desde el 1° de diciembre de 2017 al 31 de octubre de 2018. El menor Roncón Tamayo se encontraba en Hogar Sustituto (FUNDACIÓN FESCO).

Mediante Auto del 3 de febrero de 2020 la Jueza Cuarta Administrativa del Circuito de Manizales negó la vinculación como litisconsorte necesario a la Fundación Fesco, argumentando que: i) esta figura está contenida en el artículo 61 del Código General del Proceso; ii) según la jurisprudencia del Consejo de Estado, el litisconsorcio necesario se presenta cuando la cuestión litigiosa tiene por objeto una relación jurídica material única e indivisible que debe resolverse de manera uniforme para todos los sujetos que conforman la parte correspondiente; iii) en este caso entre el ICBF y la Fundación Fesco no existe una unidad inescindible que impida tomar una decisión de fondo sin su comparecencia; iv) los hechos imputados al ICBF bien pueden ser estudiados de forma independiente a los que dieron lugar al contrato de aporte.

Oportunamente la apoderada del ICBF presentó recurso de apelación en contra de la decisión anterior, argumentando: i) existe un vínculo innegable entre el llamado a integrar la litis y la demandante -sic-, es decir, una relación jurídica material única e indivisible que se origina en la celebración del contrato de aporte; ii) según la jurisprudencia, el contrato de aporte es un negocio jurídico a través del cual el Estado (ICBF) entrega un aporte en dinero o en especie a entidades o asociaciones sin ánimo de lucro o de utilidad pública con el fin que bajo su responsabilidad y con su personal técnico, atienda un área específica del Sistema de Bienestar Social, o sea, se entrega a la entidad administradora del servicio (FESCO) la facultad de prestar el servicio público de bienestar familiar bajo su responsabilidad absoluta; iii) los hechos por los cuales se demanda sucedieron presuntamente en un hogar sustituto operado por FESCO.

CONSIDERACIONES

Es competente esta Sala para decidir el recurso de apelación pues se trata de una decisión que negó la intervención de un tercero, de acuerdo con lo establecido en el artículo 125, numeral 2, literal g, de la ley 1437 de 2011 modificado por el artículo 20 de la ley 2080 de 2021.

Sobre el motivo de inconformidad:

La petición de vinculación del tercero (Fundación Fesco) se sustentó en el artículo 61 del Código General del Proceso, que señala:

“LITISCONSORCIO NECESARIO E INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO. *Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciera así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.*

En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante dicho término.

Si alguno de los convocados solicita pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas y si las decreta fijará audiencia para practicarlas.

Los recursos y en general las actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio solo tendrán eficacia si emanan de todos.

Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su vinculación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio.”

Como se desprende de la redacción del primer inciso de esta norma, el vínculo entre el demandado y el tercero, debe estar contenido en relaciones o actos jurídicos que por su contenido o por disposición legal, deben resolverse de manera uniforme para quienes están en ellos involucrados y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de todas estas personas. Es pues indispensable la presencia dentro del litigio de todos y cada uno de ellos, para que el proceso pueda desarrollarse, pues cualquier decisión que se tome dentro de éste es uniforme y puede perjudicar o beneficiarlos a todos.

Sobre esta figura procesal el Consejo de Estado precisó¹:

“La jurisprudencia tiene determinado que cuando se configura el litisconsorcio necesario, activo o pasivo, la sentencia que decida la controversia ha de ser idéntica y uniforme para todos y si alguno de los cotitulares de dicha relación jurídico material no se encuentra presente en el juicio, la conducta procesal que debe observar el juzgador y en oportunidad es la de proceder a integrarlo.

El Consejo de Estado tiene determinado que en la responsabilidad extracontractual, de conformidad con el artículo 2344 del Código Civil, la solidaridad por pasiva no determina la conformación de un litisconsorcio necesario dentro del proceso judicial, porque es atribución del demandante formular su demanda contra todos los causantes del daño en forma conjunta o contra cualquiera de ellos. En estos casos, el juez no tiene competencia para conformar la relación procesal litisconsorcial y el demandado tampoco tiene la posibilidad jurídica de solicitarla”.

Aplicado lo anterior al presente caso, se reclama por la presunta responsabilidad extracontractual del ICBF en los hechos que son causa de los perjuicios ocasionados a los demandantes mientras el menor Nicolás Rincón estaba bajo la protección de ésta entidad en un hogar sustituto operado por la Fundación Fesco. Por ende, la circunstancia que existiera de por medio un contrato con ésta Fundación para operar el hogar sustituto donde presuntamente sucedieron los hechos no configura una relación inescindible con el ICBF que imponga su comparecencia a este proceso, porque es atribución de la parte demandante formular su demanda contra todos o contra cualquiera de ellos por considerarlos causantes del daño sin que la solidaridad por pasiva que pueda determinarse entre ellos obligue a la conformación de un litisconsorcio necesario.

En efecto, bien puede el Juez decidir el asunto a la luz de las obligaciones legales del ICBF al margen de la operación por un tercero del hogar sustituto, pues tales obligaciones no mutan su naturaleza ni titularidad si las cumple a través de contratistas.

Por ende, La Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas,

¹ SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, Consejero Ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE, 13 de marzo de 2017, Radicación número: 25000-23-36-000-2013-01956-01(55299)

RESUELVE

CONFIRMAR el Auto del 3 de febrero de 2020 que negó la intervención de la Fundación Fesco como litisconsorcio necesario dentro del medio de control de reparación directa promovido por la sra Maira Alejandra Tamayo y otro en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

En firme este Auto regrese al Juzgado de origen previas las anotaciones en el Sistema Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 202

Manizales, veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Radicado: 17001-23-33-000-2020-00060-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes: Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP
Demandada: María Doralis Herrera Franco

Procede el Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones.

Se solicita se declaren nulas las Resoluciones: i) 16660 del 17 de diciembre de 1987, ii) 011558 del 07 de mayo de 1998, y ii) 16822 del 18 de abril de 2006, emanadas de Cajanal E.I.C.E, mediante las cuales se reconoció y reliquidó una pensión gracia, en favor de la señora María Doralis Herrera Franco.

Que en consecuencia, se declare que no le asiste el derecho a devengar una pensión gracia, en tanto no cumple con los requisitos señalados en la Ley 114 de 1913 y demás leyes aplicables o concordantes y que a título de restablecimiento del derecho se condene a la demandada a pagar o reintegrar a Cajanal, todas las sumas de dinero pagadas de manera indebida, en forma indexada y con intereses.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se señala que, la demandada laboró como profesora de enseñanza primaria, a través de nombramientos departamentales así: desde el 17 de febrero de 1956 al 31 de marzo de 1959. Fondo Educativo Regional Fer de Caldas. Institución del orden nacional, adscrita al Ministerio de Educación Nacional. Conforme al Decreto 0166 de 1956; y mediante Decreto 0660 de 1961, desde el 05 de julio de 1961 hasta el 31 de enero de 1962, d Docente en Primaria, en Comisión en secundaria.

Que posteriormente laboró como docente en otra institución del orden nacional, adscrita al Ministerio de Educación Nacional, mediante Decreto 0051 de 1962, desde el 1 de febrero de 1962 hasta el 09 de febrero de 1965, docencia en secundaria. Que igualmente laboró mediante Decreto 0063 de 1965, desde el 10 de febrero de 1965 hasta el 11 de febrero de 1987.

Que Cajanal mediante Resolución 16660 del 17 de diciembre de 1987, reconoció y ordenó el pago de una pensión gracia a favor de la demandada, en cuantía de \$55.351.66, efectiva a partir del 9 febrero de 1987. Que Cajanal mediante Resolución 003802 del 29 Octubre de 1987, resolvió reconocer y ordenar el pago de una pensión mensual vitalicia a favor de la demandante, en cuantía de \$50.824.48, efectiva a partir del 9 febrero de 1987.

Que la demandada solicitó la reliquidación pensional y Cajanal mediante Resolución 002045 del 10 de febrero de 1998, reliquidó la pensión de jubilación, elevando la cuantía a \$551.342.64 efectiva a partir del 5 de agosto de 1996. Que mediante Resolución 011558 de 7 de mayo de 1998, reliquidó la pensión gracia por retiro, elevando la cuantía de la misma a \$551.342.64 efectiva a partir del 5 de agosto de 1996.

Que mediante Resolución 16822 del 18 de abril de 2006, Cajanal dio cumplimiento a lo ordenado por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Bogotá, en fallo de fecha 26 de agosto de 2003 y en consecuencia reliquidó la pensión gracia de la demandada. Sin embargo el punto resolutivo segundo dispuso no aplicar dicha resolución.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

La actora considera que con los actos demandados se han vulnerado las disposiciones constitucionales: 1, 2, 4, 6, 121, 123, 124 y 128, además la Ley 114 de 1993, Ley 116 de 1928, Ley 37 de 1933, Ley 91 de 1989.

Como concepto de la violación arguye que, los actos demandados incurrieron en falsa motivación e infracción de las normas en las que debía fundarse toda vez que, la demandada teniendo en cuenta sus vinculaciones, incumplió el requisito de no recibir o haber recibido otra pensión o emolumento proveniente del Tesoro Nacional, por ende el tiempo laborado con la Nación, no es computable para efectos del reconocimiento pensional, y por lo tanto, no tiene la vocación de convertirse en el requisito que exige el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, para así reconocer la pensión gracia en su favor como erradamente lo hizo Cajanal.

Señaló que, revisado el cuaderno administrativo se observa que no existen actos administrativos de nombramiento y posesión de la demandada, pero si se encuentra certificación del tipo de vinculación como Nacionalizada.

En cuanto a la financiación de los gastos que generó el cargo docente desempeñado por la demandada para determinar si el reconocimiento efectuado se encuentra conforme a lo establecido en la Ley 114 de 1913, se debe tener en cuenta que, para acceder al reconocimiento de la pensión gracia, con la Ley 43 de 1975, durante el periodo comprendido entre el 19 de diciembre de 1968 y hasta el 29 de diciembre de 1989, los recursos de financiación del docente debían ser: (i) recurso propios de la entidad territorial y/o (ii) recursos del situado fiscal para efectos de los docentes nacionalizados; por consiguiente los docentes Nacionales financiados con recursos del Situado Fiscal entre 1968 a 1989 o cualquier otra época, no pueden acceder al reconocimiento de la pensión gracia.

Precisó que, los Fondo Educativo Regional FER, empezaron a regir desde 1968 y hasta 2001, y en dicho periodo hay que diferenciar el papel y la naturaleza de los FER antes y después de la Ley 60 de 1993; porque antes de la Ley 60 de 1993, eran de naturaleza nacional administrados por las entidades territoriales a título de delegación (Decreto Ley 3157 de 1968 y posteriormente Decreto 102 de 1976, que adecuó la estructura del FER a la Nacionalización de la educación) y con posterioridad pasaron a ser de naturaleza territorial

(Decreto Ley 2886 de 1994) y de la primera fase (Nacional) los FER administraban recurso de situado fiscal a título de rentas transferidas, para efectos de sufragar las obligaciones a cargo de la Nación (docencia nacional y nacionalizada), en la segunda fase de los entes territoriales como titulares de los recursos y de las obligaciones de la educación.

Que en consecuencia, pese a que no obran en los actos administrativos de nombramiento y posesión de la causante, se determina que la vinculación que ostenta por la misma es de carácter nacional, en atención al origen de los recursos, luego, el reconocimiento efectuado por Cajanal a favor de la interesada se concedió sin el cumplimiento de los requisitos señalados en la Ley 114 de 1913.

En lo que atañe a la reliquidación por retiro de la pensión gracia a favor de la demandada mediante la Resolución No. 011558 del 7 mayo 1998, señaló que el Consejo de Estado y la Corte Constitucional ha indicado que la pensión gracia por ser una pensión especial, se debe reliquidar a partir del estatus pensional y no a partir del retiro definitivo del servicio.

2. Contestación de la demanda

La accionada contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones y aceptando como ciertos los hechos referentes a que los nombramientos fueron departamentales, y la emisión de los actos administrativos de reconocimiento y reliquidación pensional.

Propuso las excepciones de fondo de: "*Cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento y pago de la pensión gracia*" basada en que el certificado emanado del Fondo Educativo Regional "FER" Caldas da cuenta de los nombramientos departamentales de la demandada, y que la plaza de la accionada fue nacionalizada mediante la Ley 45 de 1975, de donde se extrae que hasta la entrada en vigencia de esa norma la señora Herrera Franco ocupaba una plaza departamental, y que con posterioridad a esta fecha y hasta el 11 de febrero de 1987, que es el periodo del que da cuenta el certificado, su cargo de docente fue una plaza nacionalizada, lo anterior aunado a las demás pruebas documentales; "*buena fe*" basada en que, en la demanda ni siquiera se alegaron hechos constitutivos de mala fe y que la actora en momento alguno exigió a Cajanal los términos en que debía reconocer sus prestaciones, sino que simplemente se limitaba a llenar los formularios dispuestos por la entidad para esos efectos y era esta entidad la que proveía de conformidad con su criterio jurídico. "*Prescripción*", de conformidad con el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 las acciones emanadas de esa disposición y del Decreto 3135 de 1968 prescriben en tres años desde que la obligación se haya hecho exigible. "*Compensación*", señaló que, ante la eventualidad de una condena de antemano solicita la compensación con cualquier dinero debido por la UGPP a la actora.

3. Alegatos de conclusión

La **entidad demandante** ratificó los argumentos expuestos en la demanda, especialmente en cuanto a la categoría de la demandante como docente con vinculación del orden nacional teniendo en cuenta que prestó sus servicios como docente Fer Caldas, por lo que se puede inferir que los gastos que generó el cargo de docente de la demandante derivan de los recursos del situado Fiscal - Fondo Educativo Regional, es decir, de recurso a cargo de la Nación, lo cual no le permite acceder a la prestación pensional que le fue reconocida por orden de tutela, realidad que asevera fue demostrada con las pruebas allegada al plenario, específicamente las documentales.

En lo que atañe a la reliquidación de la pensión gracia por retiro dispuesta en la Resolución 011558 del 7 mayo 1998, reiteró que el Consejo de Estado y la Corte Constitucional ha

indicado que la pensión gracia por ser una pensión especial, se debe reliquidar a partir del estatus pensional y no a partir del retiro definitivo del servicio.

La **parte accionada** reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y concluyó que, analizadas las certificaciones emanadas del Fondo Educativo Regional FER Caldas y la Contraloría General del Departamento de Caldas, en las cuales se indicó que los nombramientos de la demandada entre 1956 y 1996 fueron de carácter departamental, de ahí que hubiera acreditado sobradamente el tiempo para acceder a la pensión. Que además, se tuvo en cuenta la renuncia presentada por la demandada a su cargo de docente, mediante escrito del 16 de julio de 1996, ya que esta se dirigió al Alcalde de Manizales, quien en su condición de nominador la aceptó a través del Decreto 319 del 18 de julio de 1996, situación que reafirma que hasta su última vinculación la actora había sido contratada por el ente territorial.

El **Ministerio Público** guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES

1. Problemas jurídicos

Corresponde a la Sala determinar, como Juez natural del asunto, si los actos administrativos demandados adolecen de nulidad, analizando el contexto normativo de la pensión gracia, y en especial la clase de vinculación laboral de la docente en el caso concreto, a fin de resolver los siguientes cuestionamientos:

¿Contaba la demandada con derecho a la pensión de jubilación “gracia” que le fue reconocida?

¿La pensión gracia se encuentra correctamente liquidada?

En caso negativo, *¿Hay lugar a ordenar la devolución de las sumas de dinero que fueron canceladas a la demandada con ocasión del reconocimiento pensional efectuado?*

2. Primer problema jurídico

2.1. Tesis del Tribunal

La demandada contaba con derecho a la pensión de jubilación “gracia” que le fue reconocida, toda vez que, se vinculó al servicio educativo oficial antes del 31 de diciembre de 1980 en una plaza departamental, que luego fue nacionalizada con base en la Ley 43 de 1975; alcanzó los 20 años de servicio el 20 de mayo de 1978. Además cumplió el requisito de la edad, pues nació el 9 de febrero de 1937, por lo que cumplió 50 años el 9 de febrero de 1987. También se vislumbra que, desempeñó su profesión con buena conducta, honradez y consagración, pues del acervo probatorio, no se denota sanción disciplinaria impuesta en su contra, ni información que ponga en duda la buena conducta que se predica de la docente que pretenda obtener el reconocimiento de la pensión gracia.

El origen de los recursos que financiaban los salarios y prestaciones sociales que devengaba la demandante no dan el carácter de nacional a la plaza educativa desempeñada por la demandada, como lo expuso el Consejo de Estado en Sentencia de unificación por importancia jurídica CE-SUJ-SII-11-2018 del 21 de junio de 2018¹.

¹ Sección segunda, subsección B, C.P. Carmelo Perdomo Cueter.

Para explicar lo anterior, se hará referencia a: i) el contexto normativo de la pensión gracia; ii) lo probado y iii) el análisis del caso concreto.

2.2. Contexto normativo de la pensión gracia

La pensión gracia fue creada por la Ley 114 de 1913² para los educadores que cumplan **20 años de servicio** en establecimientos educativos oficiales del **orden territorial o nacionalizado**, y **50 años de edad**, siempre y cuando demuestren haber ejercido la docencia con honradez, eficacia, consagración, observando buena conducta. Esta prestación es compatible con la pensión de jubilación.

Así, en sentencia del 29 de agosto de 1997, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado - C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, se determinaron parámetros sobre la pensión gracia de la siguiente manera³:

«El numeral 3º. Del artículo 4º. Ib. prescribe que para gozar de la gracia de la pensión es preciso que el interesado, entre otras cosas, compruebe «Que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional...». (En este aparte de la providencia se está haciendo referencia a la Ley 114 de 1913).

Despréndase de la precisión anterior, de manera inequívoca, que la pensión gracia no puede ser reconocida a favor de un docente nacional, pues constituye requisito indispensable para su viabilidad que el maestro no reciba retribución alguna de la nación por servicios que le preste, o que no se encuentre pensionado por cuenta de ella. Por lo tanto, los únicos beneficiarios de tal prerrogativa eran los educadores locales o regionales.» (Se resalta).

En este orden, es preciso tener en cuenta, que la Ley 91 de 1989 (Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio), señaló en su artículo 15 que:

«Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubiere desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aun en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.»

De lo anterior, se infiere según lo confirma la sentencia del 1º de marzo del 2018 antes citada: *“...que el derecho a la pensión gracia lo mantienen los docentes **nacionalizados y territoriales** que se hubieren vinculado hasta el 31 de diciembre de 1980, descartándose así para aquellos que siendo nacionales hubieren sido nombrados dentro de dicho límite temporal. Es claro entonces, que el tiempo de servicio corresponde a 20 años que deben ser prestados exclusivamente en instituciones educativas territoriales o nacionalizadas.”*

Y así lo ha entendido el Consejo de Estado, el cual de forma reiterada afirma que la vinculación como docente nacional no se puede computar para efectos de la pensión gracia, y en esa línea se encuentra la sentencia de 17 de noviembre de 2016⁴, la cual señaló:

*«Sobre los tiempos nacionales.
(...)»*

² “Que crea pensiones de jubilación a favor de los Maestros de Escuela.”

³ Expediente No. S-699, Actor: Wilberto Therán Mogollón.

⁴ Rad. 2114-2016, M.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

La ley 114 de 1913 que creo la pensión de los docentes, estableció una serie de requisitos para acceder a la misma, entre los cuales dispuso en el numeral 3º del artículo 4º, que el docente debe demostrar que ni recibe ni ha recibido pensión o recompensa nacional.

“Artículo 4º.- Para gozar de la gracia de la pensión será preciso que el interesado compruebe: (...)

3. Que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional. Por consiguiente, lo dispuesto en este inciso no obsta para que un Maestro pueda recibir a un mismo tiempo sendas pensiones como tal, concedidas por la Nación o por un Departamento.” (Resalta la Sala)

El artículo 1º de la Ley 91 de 1989⁵ clasificó a los docentes para efectos de las prestaciones económicas, como territoriales, nacionales y nacionalizados.

“Artículo 1º.- Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:

1. Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

2. Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

3. Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.»

Por último, concluyó:

«Queda claro entonces, que no se ha establecido como requisito para acceder a la pensión gracia, que el docente deba estar vinculado el día 31 de diciembre de 1980, es decir, solo es necesario que haya prestado sus servicios como docente antes del año 1981 en instituciones territoriales o nacionalizadas, sin que se puedan computar tiempos de servicio de carácter nacional, pues la finalidad principal de la pensión gracia, es reconocer a aquellos docentes un beneficio económico para equilibrar los ingresos percibidos entre éstos y los docentes nacionales, ante el déficit fiscal en que se encontraban los entes territoriales para cubrir el pago por la prestación de los servicios al magisterio.» (Se resalta).

De conformidad con la normativa que dio origen a la pensión gracia, y la interpretación jurisprudencial efectuada en la materia por parte de la Sala Plena del Consejo de Estado y teniendo en cuenta la reciente providencia del 1 de marzo del 2018 proferida por la Sección Segunda – C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez dentro del proceso con radicado No. 25000-23-42-000-2013-06449-01 (3989-15) y especialmente la Sentencia de unificación por importancia jurídica CE-SUJ-SII-11-2018 proferida el 21 de junio de 2018⁶ es posible concluir que esta prestación se causa únicamente para los docentes que cumplan 20 años de servicio a través de vinculaciones de orden departamental, distrital, municipal o **nacionalizados**, sin que sea posible acumular tiempos del orden nacional.

En efecto, el referido pronunciamiento de unificación dispuso:

“En cuanto al personal nacional la regla es clara. Tanto el marco jurídico que rige la aludida prestación como la doctrina legal en la materia son explícitos en advertir que los docentes nacionales no tienen derecho a su reconocimiento, y que el tiempo laborado en esa condición no se puede computar con el servido en calidad de educador nacionalizado o territorial. Por su

⁵ “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”

⁶ Sección segunda, subsección B, C.P. Carmelo Perdomo Cueter.

parte, se entiende por **personal nacionalizado** (i) aquel que siendo territorial antes del 1.º de enero de 1976 fue objeto del proceso de nacionalización iniciado con la expedición de la Ley 43 de 1975; y (ii) los que a partir de esa fecha se hayan vinculado a una plaza de aquellas que fueron nacionalizadas en virtud, también, del aludido proceso adelantado por la norma en cuestión (Ley 43 de 1975). Entre tanto, debe entenderse por **personal territorial** el vinculado por entidades de ese orden a partir del 1.º de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975; esto es, que la plaza a ocupar haya sido creada de forma exclusiva por el ente local y los gastos que esta genere se cubran con cargo a su propio presupuesto.”

En conclusión, los docentes beneficiarios de la pensión gracia son aquellos cuya vinculación tengan carácter territorial y/o nacionalizado, vinculaciones respecto de las cuales deberán haber acumulado 20 años de servicios; siendo claro que para acceder a dicha gracia no pueden computarse vinculaciones del orden nacional, caso en el cual no tendrán derecho al reconocimiento de esta prestación.

2.3. Lo probado

- La demandada nació el 9 de febrero de 1937, por lo que cumplió 50 años el 9 de febrero de 1987. (Fl. 75 Archivo 01PARTE1.pdf)

- De acuerdo al Certificado emitido por el Ministerio de Educación Nacional - Fondo Educativo Regional “Fer” de Caldas, el 11 de febrero de 1987, la demandada prestó sus servicios en el ramo oficial de educación pública, así:

- ✓ Decreto 0166 de 1956 – Docencia primaria, nombramientos departamentales – del 17 de febrero de 1956 al 31 de marzo de 1959.
- ✓ Decreto 0660 de 1961 – Docencia primaria, en comisión en secundaria – del 05 de julio de 1961 hasta el 31 de enero de 1962.
- ✓ Decreto 0051 de 1962, - Docencia secundaria – del 1 de febrero de 1962 hasta el 09 de febrero de 1965.
- ✓ Decreto 0063 de 1965, del 10 de febrero de 1965, hasta el 11 de febrero de 1987 (fecha de expedición de la certificación).
- ✓ Igualmente se señala que, se trataba de una “PLAZA NACIONALIZADA LEY 43 DE 1975”. (Fl. 73 Archivo 01PARTE1.pdf)

- De acuerdo al Certificado emitido por el Ministerio de Educación Nacional - Fondo Educativo Regional “Fer” de Caldas, el 28 de agosto de 1996, la demandada prestó sus servicios en el ramo oficial de educación pública de ese departamento en los siguientes tiempos:

“DE 1 AGOSTO DE 1977 A 4 AGOSTO DE 1996, DOCENCIA EN SECUNDARIA, FUNCIONES DE COORDINADORA DE DISCIPLINA. PLAZA NACIONALIZADA LEY 43 DE 1975”. (Fl. 156 Archivo 01PARTE1.pdf)

- De conformidad con la certificación “para reclamar prestaciones sociales” emitida por la Contraloría General del Departamento de Caldas, el 19 de enero de 1989, la demandada prestó sus servicios al departamento, así:

PEREIRA	INSTITUTORA PRIMARIA	FEB. 17 DE 1956	A ENE. 31 DE 1957
MANIZALES	INSTITUTORA PRIMARLA	FEB. 1 DE 1957	A MAR. 31 DE 1959
SALAMINA	INSTITUTORA PRIMARLA	JUL. 5 DE 1961	A ENE. 31 DE 1962

MANIZALES	PROFESORA Y CATEDRÁTICA LICEO FEMENINO ISABEL LA CATÓLICA	FEB. 1 DE 1962	A FEB. 10 DE 1974
MANIZALES	PROFESORA CATEDRÁTICA Y COORDINADORA LICEO FEMENINO ISABEL LA CATÓLICA	FEB. 11 DE 1974	A JUL. 31 DE 1977

Se señala además que, de agosto 1 de 1977 en adelante lo certifica el Fer. (Fl. 77-80 Archivo 01PARTE1.pdf)

- La demandada el 8 de junio de 1987 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión gracia y Cajanal mediante Resolución 16660 del 17 de diciembre de 1987, reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación gracia a la demandada – de conformidad con la Ley 114 de 1913, en cuantía de \$55.351.66, efectiva a partir del **9 febrero de 1987**; teniendo en cuenta que prestó sus servicios al departamento de Caldas, de febrero 17 de 1956 a marzo 30 de 1959; de julio 5 de 1961 a febrero 11 de 1987. Se precisa que, la accionada cumplió 20 años de servicios el 20 de mayo de 1978. (Fl. 100-102 Archivo 01PARTE1.pdf)
- Cajanal mediante Resolución 003802 del 29 Octubre de 1987, resolvió reconocer y pagar una “pensión mensual vitalicia de jubilación a Contrato Caldas” a favor de la demandante , en cuantía de \$50.824.48, efectiva a partir del 9 febrero de 1987; (Fl. 136-137 Archivo 01PARTE1.pdf) en ella se indica que, la demandada ha prestado los siguientes servicios al Estado:

DEUDA PUBLICA DEPARTAMENTO DE CALDAS			A.	M.	D.
Febrero	17/56	Marzo 31/59	3	1	15
Julio	5/6	Enero 31/67	5	6	27
CAJANAL A CONTRATO CALDAS					
Febrero	1/67	Febrero 28/87	20	-	29
TOTAL :			28	9	11

2.4. Análisis del Caso concreto

De conformidad con las vinculaciones al servicio docente relacionadas en el acápite anterior se tiene que, la demandada ingresó al servicio educativo oficial antes del 31 de diciembre de 1980, a través de nombramientos departamentales, así: - Decreto 0166 de 1956 – Docencia primaria, del 17 de febrero de 1956 al 31 de marzo de 1959. – Decreto 0660 de 1961 – Docencia primaria, en comisión en secundaria – del 05 de julio de 1961 hasta el 31 de enero de 1962. – Decreto 0051 de 1962, - Docencia secundaria – del 1 de febrero de 1962 hasta el 09 de febrero de 1965. – Decreto 0063 de 1965, del 10 de febrero de 1965, hasta el 11 de febrero de 1987; además, de 1 agosto de 1977 a 4 agosto de 1996, se desempeñó en la docencia en secundaria, con funciones de coordinadora de disciplina. (Fl. 73, 156 Archivo 01PARTE1.pdf)

Igualmente, en dichas certificaciones se señala que la plaza de la accionada fue nacionalizada de conformidad con la Ley 43 de 1975⁷, de donde se extrae que hasta la entrada en vigencia de esa norma -11 de diciembre de 1975- la demandada ocupaba una plaza departamental y que con posterioridad a esta fecha y hasta su retiro definitivo del servicio, su cargo fue una plaza nacionalizada. Al respecto la entidad demandante señaló en la demanda que, revisado el cuaderno administrativo se observa que no existen actos

⁷ “Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá los municipios, las intendencias y comisarías; y se distribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones.”

administrativos de nombramiento y posesión de la demandada, pero si se encuentra certificación del tipo de vinculación como Nacionalizada.

Ahora bien, señala la demandante que, los Fondo Educativo Regional FER, empezaron a regir desde 1968 y hasta 2001, y en dicho periodo hay que diferenciar el papel y la naturaleza de los FER antes y después de la Ley 60 de 1993; porque antes de la Ley 60 de 1993, eran de naturaleza nacional administrados por las entidades territoriales a título de delegación (Decreto Ley 3157 de 1968 y posteriormente Decreto 102 de 1976, que adecuó la estructura del FER a la Nacionalización de la educación) y con posterioridad pasaron a ser de naturaleza territorial (Decreto Ley 2886 de 1994) y de la primera fase (Nacional) los FER administraban recurso de situado fiscal a título de rentas transferidas, para efectos de sufragar las obligaciones a cargo de la Nación (docencia nacional y nacionalizada), en la segunda fase de los entes territoriales como titulares de los recurso y de las obligaciones de la educación.

Que en consecuencia, pese a que no obran en los actos administrativos de nombramiento y posesión de la causante, se determina que la vinculación que ostenta por la misma es de carácter nacional, en atención al origen de los recursos, luego, el reconocimiento efectuado por Cajanal a favor de la interesada se concedió sin el cumplimiento de los requisitos señalados en la Ley 114 de 1913.

Al respecto, el Consejo de Estado en la ya referida Sentencia de unificación por importancia jurídica *CE-SUII-11-2018* proferida el 21 de junio de 2018⁸ unificó su jurisprudencia en lo concerniente a dicho aspecto. En la citada providencia se concluyó que, no es dable inferir que los docentes territoriales y/o nacionalizados se convierten en educadores nacionales cuando en el acto de su vinculación interviene, además del representante legal de la entidad territorial, el delegado permanente del Ministerio de Educación Nacional como miembro de la Junta Administradora del respectivo Fondo Educativo Regional, así este último haya certificado la vacancia del cargo y sobre la disponibilidad presupuestal⁹.

Lo anterior, porque lo esencialmente relevante, frente al reconocimiento de la pensión gracia, es la acreditación de la plaza a ocupar, esto es, que sea de carácter territorial o nacionalizada, máxime si se tiene en cuenta que, en lo que respecta a los educadores territoriales, el pago de sus acreencias provenía directamente de las rentas *endógenas* de la respectiva localidad, o de las *exógenas* —situado fiscal— cuando se sufragaban los gastos a través de los Fondos Educativos Regionales; y en lo que tiene que ver con los educadores nacionalizados, las erogaciones que estos generaban se enmarcan en los recursos del situado fiscal, hoy Sistema General de Participaciones.

Para arribar a dicha conclusión, tuvo en cuenta los siguientes argumentos:

*i) Los recursos del **situado fiscal** que otrora transfería o cedía la Nación a las entidades territoriales, en vigencia de la Carta de 1886 y hasta cuando permanecieron en vigor en la Constitución de 1991, no obstante su origen o fuente nacional, una vez se incorporaban a los presupuestos locales pasaban a ser de propiedad exclusiva de los referidos entes en calidad de rentas exógenas.*

*ii) Los entes territoriales son los titulares directos o propietarios de los recursos que les gira la Nación, provenientes del **Sistema General de Participaciones**, por asignación directa del artículo 356 de la Carta Política de 1991.*

⁸ Sección segunda, subsección B, C.P. Carmelo Perdomo Cueter.

⁹ Artículo 73 (numerales 8 y 15) del Decreto 525 de 1990.

iii) La financiación de los gastos que generaban los **Fondos Educativos Regionales** no solo dependía de los recursos que giraba la Nación a las entidades territoriales por concepto del **situado fiscal**, sino que también correspondía a los entes locales destinar parte de su presupuesto para atender al sostenimiento de los referidos fondos educativos (artículos 29 del Decreto 3157 de 1968; y 60, inciso 2º, de la Ley 24 de 1988).

iv) Así como los **Fondos Educativos Regionales** atendían los gastos que generaban los servicios educativos de los docentes nacionales y nacionalizados¹⁰, resulta factible colegir de manera razonada que lo propio acontecía con algunas de las erogaciones salariales originadas por el servicio que prestaban los educadores territoriales, ya que los recursos destinados para tal fin provenían tanto de la Nación —**situado fiscal**— como de las entidades territoriales, y además, en uno y otro caso, el universo de esos recursos le pertenecía de forma exclusiva a los entes locales dado que ingresaban a sus presupuestos en calidad de rentas exógenas y endógenas.

v) Por tanto, no es dable inferir que los docentes territoriales y/o nacionalizados se convierten en educadores nacionales (i) cuando en el acto de su vinculación interviene, además del representante legal de la entidad territorial, el delegado permanente del Ministerio de Educación Nacional como miembro de la **junta administradora** del respectivo **fondo educativo regional**, así, este último, certifique la vacancia del cargo junto con la disponibilidad presupuestal¹¹; y (ii) por el argumento de que los recursos destinados para su sostenimiento tienen su origen o fuente en la Nación.

vi) **Prueba de calidad de docente territorial.** Se requiere copia de los actos administrativos donde conste el vínculo, en los que además se pueda establecer con suficiente claridad que la plaza a ocupar sea de aquellas que el legislador ha previsto como territoriales, o en su defecto, también se puede acreditar con la respectiva certificación de la autoridad nominadora que dé cuenta de manera inequívoca que el tipo de vinculación al cual se encuentra sometido el docente oficial es de carácter territorial.

vii) **Origen de los recursos de la entidad nominadora.** Lo esencialmente relevante, frente al reconocimiento de la pensión gracia, es la acreditación de la plaza a ocupar, esto es, que sea de carácter territorial o nacionalizada, pues conforme a los lineamientos fijados por la Sala en esta providencia, en lo que respecta a los educadores territoriales, el pago de sus acreencias provenía directamente de las rentas endógenas de la respectiva localidad, o de las exógenas —**situado fiscal**— cuando se sufragaban los gastos a través de los **Fondos Educativos Regionales**; y en lo que tiene que ver con los educadores nacionalizados, las erogaciones que estos generaban se enmarcan en los recursos del **situado fiscal**, hoy **sistema general de participaciones**.

De acuerdo con lo anterior, el carácter territorial o nacionalizado de una plaza educativa es lo verdaderamente importante para el reconocimiento de la pensión gracia, al margen del origen de los recursos que financiaban el pago de los salarios y prestaciones de los educadores, y también de la intervención que efectuaba el delegado del FER en su nominación, que como se analizó se circunscribía a las situaciones administrativas de los docentes a quienes se le dirigió la pensión gracia por definición.

Por lo tanto, el argumento de la entidad demandante sobre el carácter nacional de la plaza educativa desempeñada por la demandada, en razón al origen de los recursos que

¹⁰ Al respecto se puede consultar el Decreto 3157 (artículo 34) de 1968, la Ley 43 (artículo 6) de 1975, el Decreto 102 de 1976, la Ley 24 (artículo 54) de 1988, y el Decreto 1706 (artículo 10) de 1989.

¹¹ Artículo 73 (numerales 8 y 15) del Decreto 525 de 1990.

financiaban los salarios y prestaciones sociales, no resulta procedente.

2.5. Conclusión

A partir de todo lo anterior, se colige que la demandada se vinculó al servicio educativo oficial antes del 31 de diciembre de 1980; en una plaza departamental, que luego fue nacionalizada con base en la Ley 43 de 1975; que acumuló 13.756 días en el servicio docente oficial, es decir, que superó los 7.200 días exigidos en el artículo 1º de la Ley 114 de 1913¹², equivalentes a 20 años de servicio, los cuales alcanzó el 20 de mayo de 1978; como se señaló en la Resolución 16660 del 17 de diciembre de 1987, Fl. 100-102 Archivo 01PARTE1.pdf). Además, el origen de los recursos no le da la calidad de nacional o territorial al docente, tal como se expuso en la sentencia de unificación mencionada. En tal sentido, la demandada cumplió los requisitos del tiempo de servicio y de la vinculación exigida en las normas que rigen la pensión gracia.

La demandada además cumplió el requisito de la edad, pues nació el 9 de febrero de 1937, por lo que cumplió 50 años el 9 de febrero de 1987. También se vislumbra que, desempeñó su profesión con buena conducta, honradez y consagración, pues del acervo probatorio, no se denota sanción disciplinaria impuesta en su contra, ni información que ponga en duda la buena conducta que se predica de la docente que pretenda obtener el reconocimiento de la pensión gracia, como lo exige el numeral 4º del artículo 3º de la Ley 114 de 1913, razón por la cual, se encuentra demostrada ésta condición.

En virtud de todo lo anterior, concluye la Sala, que la demandada cumplió todos los requisitos exigidos en las disposiciones que gobiernan la pensión gracia, Por lo tanto, los cargos de nulidad formulados en la demanda contra la Resolución 16660 del 17 de diciembre de 1987 que reconoció la pensión gracia a la demandada no prosperan.

3. Segundo problema jurídico *¿La pensión gracia se encuentra correctamente liquidada?*

3.1. Tesis del Tribunal

La pensión gracia reconocida a la demandada no se encuentra correctamente liquidada, por cuanto en la Resolución 16660 del 17 de diciembre de 1987, Cajanal reconoció y ordenó el pago de la pensión gracia, sin tener en cuenta todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la consolidación del derecho pensional, y en la Resolución 011558 del 7 mayo 1998 en la que se reliquidó la pensión gracia, se tuvo en cuenta el salario promedio de los doce meses anteriores al retiro del servicio, lo cual fue reiterado en la Resolución 16822 del 18 de abril de 2006.

La liquidación debe corresponder a suma equivalente al 75% del promedio de la totalidad de los factores salariales reconocidos que fueron devengados en el año inmediatamente anterior a aquel en el que consolidó su derecho pensional.

Para explicar lo anterior, se hará referencia a: i) el contexto normativo de la liquidación de la pensión gracia; ii) lo probado y iii) el análisis del caso concreto.

3.2. Contexto normativo de la liquidación de la pensión gracia

Conforme con el artículo 2 de la Ley 114 de 1913, la cuantía de la pensión gracia corresponde a la mitad del sueldo que hubieren devengado en los dos últimos años de servicio, o el

¹² «Que crea pensiones de jubilación a favor de los Maestros de Escuela.»

promedio de tales salarios si éstos hubieren sido distintos durante dicho periodo. Dicho precepto fue modificado por el artículo 1 de la Ley 24 de 1947, que sustituyó el artículo 29 de la Ley 6 de 1945 en el sentido de que el precepto transcrito dispone que *"cuando se trate de servidores del ramo docente las pensiones de jubilación se liquidarán con el promedio de los sueldos durante el último año"*.

Con la expedición de la Ley 4 de 1966, se ordenó que las pensiones de jubilación e invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de derecho público, se liquiden y paguen tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios. Disposición ésta que fue reglamentada por el Decreto 1743 de 1966, en cuyo artículo 5 se dispuso que las pensiones serían liquidadas tomando como base el 75% del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicio.

Bajo este panorama normativo y dado el carácter especial de la pensión gracia, el Consejo de Estado¹³ ha señalado que, son las disposiciones antes mencionadas las aplicables a la pensión gracia y no las del régimen pensional ordinario contenidas en las Leyes 33 y 62 de 1985, porque la gracia no es una pensión ordinaria sino especial; ello es así porque no requiere afiliación ni aportes y está excluida taxativamente de dicha regulación ordinaria al tenor del inciso segundo del artículo 1 de la mencionada Ley 33 de 1985.

Para efectos de la liquidación de la mesada pensional, los factores que integran el concepto de salario¹⁴, son todos aquellos devengados en el año inmediatamente anterior al que se adquirió el estatus, lo que sucede cuando se reúnen los requisitos de edad -50 años- y de tiempo -20 años.

Además ha señalado que, la reliquidación de la pensión gracia sólo es posible respecto de factores devengados al momento de la consolidación del estatus pensional y no de la época del retiro¹⁵, como sí ocurre en las pensiones ordinarias *"en cuyo caso existe afiliación y, por ende, aportes que llevan a la mejora en el monto de la pensión al momento de la desvinculación"*.¹⁶

Con respecto a la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año en que se consolida el derecho a ser beneficiario de la pensión gracia, la Sección Segunda del Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos¹⁷:

(...) "Así pues, el carácter especial que rige a la pensión gracia la excluye de la aplicación de la Ley 33 de 1985, razón por la cual la liquidación de la pensión gracia debe realizarse incluyendo todos los factores que se devengaron durante el año anterior al momento en que se obtuvo el estatus." (...).

Sobre este mismo aspecto, en otro proceso¹⁸ señaló lo siguiente:

¹³ Sección Segunda. Sentencia del 13 de julio de 2006. MP: Jaime Moreno García. Expediente 25000-23-25-000-2002-08700-01. Sección Segunda. Sentencia del 27 de abril de 2006. MP: Ana Margarita Olaya Forero. Expediente 25000-23-25-000-2002-05153-01.

¹⁴ Factores salariales que se tienen en cuenta para obtener la base líquida sobre la que se calcula el 75%, que es el porcentaje que corresponde a la pensión gracia por virtud del artículo 1 de la Ley 33 de 1985.

¹⁵ Ver entre otros: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B: Sentencia del 30 de abril de 2008. MP: Jesús María Lemos Bustamante. Radicado 52001-23-31-000-2004 00506-01(1924-07); Sentencia del 6 de marzo de 2008. MP: Alejandro Ordoñez Maldonado. Expediente: 2142-06

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 6 de marzo de 2008. MP: Alejandro Ordoñez Maldonado. Expediente: 2142-06

¹⁷ Sección Segunda. Sentencia del 13 de julio de 2006. MP: Jaime Moreno García. Expediente 25000-23-25-000-2002-08700-01.

¹⁸ Sección Segunda. Sentencia del 27 de abril de 2006. MP: Ana Margarita Olaya Forero. Expediente 25000-23-25-000-2002-05153-01.

(...) “En el caso sub lite, la actora está sometida a un régimen especial de pensiones, por ser beneficiaria de la “Pensión Gracia” que se otorga a docentes, de conformidad con la ley 114 de 1913, que no obstante estar a cargo del Tesoro Nacional se causa sin estar afiliado a la Caja Nacional de Previsión Social, es decir sin que se requiera de aportes a ésta. Por esta razón, su pensión no puede liquidarse con base en el valor de los aportes, sino que, como se señaló anteriormente, debe efectuarse sobre todos los factores salariales devengados como retribución por sus servicios durante el último año de servicio. En consecuencia se impone confirmar la sentencia del a quo.” (...)

Conforme con las reglas mencionadas, no existe duda para la Sala de que, en la liquidación de la pensión gracia se deben incluir todos los factores salariales percibidos por la beneficiaria durante el año inmediatamente anterior a aquél en que cumplió con los requisitos de tiempo y edad, vale decir los que conforme con la ley regían para el momento en que consolidó su derecho pensional y por tal razón fueron devengados.

3.3. Hechos acreditados

- Cajanal mediante Resolución 16660 del 17 de diciembre de 1987, reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación gracia a la demandada, en cuantía de \$55.351.66, efectiva a partir del **9 febrero de 1987** (Fl. 100-102 Archivo 01PARTE1.pdf)
- Según certificación emitida por el Ministerio de Educación Nacional el 11 de febrero de 1987 la demanda en el año 1986 devengó:

“DEL 1 DE ENERO AL DICIEMBRE 31, SUELDO MENSUAL, CINCUENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS SETENTA PESOS (\$56.970.00) MCTE. SOBRESUELDO VICERRECTOR, NUEVE MIL TRES CIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS(\$9.339.00) MCTE. MENSUAL PRIMA DE ALIMENTACIÓN, TRESCIENTOS VEINTICUATRO PESOS (\$324.00) MCTE. MENSUAL. PRIMA DE POBLACIÓN, CIENTO CINCUENTA PESOS (\$150.00) MCTE. MENSUAL. PRIMA DE NAVIDAD, SESENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS (\$66.7833.00) MCTE”. (Fl. 73 Archivo 01PARTE1.pdf)

- Según certificación emitida por el Ministerio de Educación Nacional el 29 de febrero de 1988 la demanda en el año 1987 devengó:

“DEL 1 DE ENERO AL 28 DE FEBRERO, SUELDO MENSUAL, SESENTA Y OCHO MIL/TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS (\$68.364.00)M/CTE. SOBRESUELDO VICERRECTOR. ONCE MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS (\$11.394.00)M/CTE, MENSUAL. PRIMA DE ALIMENTACIÓN, TRESCIENTOS VEINTICUATRO PESOS (\$324.00) M/CTE, MENSUAL. PRIMA DE POBLACIÓN, CIENTO CINCUENTA PESOS (\$150.00)M/CTE, MENSUAL. PRIMA DE NAVIDAD, OCHENTA MIL DOSCIENTOS TREINTA Y DOS PESOS (\$80.232.00)M/CTE”. (Fl. 112 Archivo 01PARTE1.pdf)

- La demandada solicitó la reliquidación pensional y Cajanal mediante Resolución 011558 de 7 de mayo de 1998, reliquidó la pensión gracia por retiro definitivo y acreditarse nuevos tiempos de servicio (de: 12 de febrero de 1987 al 4 de agosto de 1996), aplicando el 75% sobre el salario promedio de 12 meses, (asignación básica y sobresueldo elevando la cuantía

incrementando la misma a \$551.342.64 efectiva a partir del 5 de agosto de 1996.(Fl. 185-187 Archivo 01PARTE1.pdf)

- Cajanal mediante Resolución 16822 del 18 de abril de 2006, dio cumplimiento a lo ordenado por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Bogotá, en fallo de fecha 26 de agosto de 2003 que dispuso reliquidar la pensión gracia de la demandada, incluyendo todos los factores salariales devengados, así como los reajustes salariales a que se refiere el decreto de transición 692 de 1994, la retroactividad de tal reliquidación y la indexación.

Sin embargo, en el punto resolutivo segundo de la Resolución se dispuso no aplicarla, considerando que, se efectuó la reliquidación con todos los factores salariales tenidos en cuenta que el interesado adquirió el status jurídico el 9 de febrero de 1987, incluyendo la *asignación básica, sobresueldo, prima de alimentación y prima de población*; que se pudo observar que la pensión gracia reconocida mediante Resolución 16660 del 17 de diciembre de 1987, se liquidó teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados y certificados, razón por la cual la resolución no varía en nada respecto con la inicialmente reconocida, *“por lo que dando aplicación al principio de economía procesal no es procedente aplicar en nómina el presente acto administrativo, siendo conveniente que el beneficiario continúe cobrando la pensión acostumbrada”*. (Fl. 256-267 Archivo 01PARTE1.pdf)

3.4. Análisis del caso

Señala la demandante en lo que atañe a la reliquidación por retiro de la pensión gracia a favor de la demandada mediante la Resolución 011558 del 7 mayo 1998, que el Consejo de Estado y la Corte Constitucional ha indicado que la pensión gracia por ser una pensión especial, se debe reliquidar a partir del estatus pensional y no a partir del retiro definitivo del servicio.

Del contenido de la Resolución 011558 de 7 de mayo de 1998, se evidencia que en efecto, se reliquidó la pensión gracia por retiro definitivo y acreditarse nuevos tiempos de servicio, aplicando el 75% sobre el salario promedio de doce meses anteriores al retiro del servicio, (asignación básica y sobresueldo) elevando la cuantía de la misma a \$551.342.64 efectiva a partir del 5 de agosto de 1996.

Y en la Resolución 16822 del 18 de abril de 2006, Cajanal realizó la reliquidación ordenada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Bogotá, en fallo de tutela de fecha 26 de agosto de 2003, no obstante, en el ordinal segundo dispuso no aplicar la reliquidación, teniendo en cuenta que, al realizar los cálculos pertinentes el valor obtenido resultaba idéntico al reconocido en la Resolución 16660 del 17 de diciembre de 1987.

Sobre la base de estas probanzas, la Sala observa que los actos acusados, que liquidaron la pensión gracia de la demandada adolecen de irregularidades que afectan la legalidad de la misma, como pasa a explicarse:

La demandada consolidó el derecho a la pensión gracia, el **9 de febrero de 1987** por cumplir 50 años de edad y 20 años de servicios a la docencia oficial, por tanto la liquidación de su pensión debía realizarse con base en todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a esa data.

Sin embargo, en la Resolución 16660 del 17 de diciembre de 1987, Cajanal reconoció y ordenó el pago de la pensión gracia, sin tener en cuenta todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la consolidación del derecho pensional, y en la la Resolución 011558 del 7 mayo 1998 en la que se reliquidó la pensión gracia, se tuvo

en cuenta el salario promedio de los doce meses **anteriores al retiro del servicio**, lo cual fue reiterado en la Resolución 16822 del 18 de abril de 2006.

3.5. Conclusión

De acuerdo con lo señalado anteriormente, la Sala concluye que la pensión gracia reconocida a la demandada, debe reliquidarse en suma equivalente al 75% del promedio de **la totalidad de los factores salariales reconocidos que fueron devengados en el año inmediatamente anterior a aquel en el que consolidó su derecho pensional**, es decir, el que transcurrió del **el 9 de febrero de 1986 y el 9 de febrero de 1987**, con los reajustes correspondientes.

Por lo anterior, se declarará la nulidad parcial de la Resolución 16660 del 17 de diciembre de 1987, en lo que se refiere a los factores tenidos en cuenta para la liquidación de la pensión gracia a la demandada, y la nulidad total de las Resoluciones 011558 del 7 mayo 1998 y 16822 del 18 de abril de 2006 que reliquidaron la pensión gracia.

4. Tercer problema jurídico *¿Hay lugar a ordenar la devolución de las sumas de dinero que fueron canceladas a la demandada con ocasión del reconocimiento pensional a él efectuado?*

4.1. Tesis del Tribunal

Frente a la solicitud de que se disponga la restitución de los dineros percibidos por la demandada, con ocasión de la pensión gracia reconocida ilegalmente, la Sala no se accederá a tal pedimento teniendo en cuenta que, no se encuentra acreditado dentro del plenario que aquella hubiere actuado de mala fe al momento en que solicitó dicha prestación o su reliquidación.

4.2. Análisis del caso

Para el efecto es pertinente citar el literal C del numeral 1 del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que estipula:

“ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:

(...)

c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe;”

(Subraya la Sala)

Al respecto el Consejo de Estado¹⁹ en sentencia del 29 de noviembre de 2009, señaló:

“El artículo 83 de la Constitución Política indica expresamente que “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas”. Del mismo modo, indica el artículo 136, numeral 2, del Código Contencioso Administrativo, al precisar el término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe. Es así como el principio constitucional de la buena fe conlleva una presunción inescindible de las actuaciones

¹⁹ Consejo de Estado Sala de Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A Noviembre 23 de 2009. Radicación: 25000-23-15-000-2009-01332-01(AC)

*de los particulares ante las autoridades públicas, y como tal no requiere declaración judicial, empero, en caso de su flagrante desconocimiento, sí es tarea del juez constitucional desplegar las actuaciones necesarias para su prevalencia. Con base en las circunstancias del caso concreto, la Sala vislumbra una actuación reprochable del Grupo Interno de Trabajo para el Pasivo Social de Puertos de Colombia, en tanto dio cumplimiento a unos fallos y desembolsó sumas de dinero a favor del administrado, generando en este el convencimiento y la legitimidad para recibirlas, a pesar de que no se encontraban debidamente ejecutoriadas por no haberse surtido el grado jurisdiccional de consulta, que únicamente se verificó más de seis años después de proferidos los fallos con base en los cuales se pagaron los dineros al actor. **Por lo anterior, no encuentra la Sala razón válida para que se le exija al actor de tutela el reintegro de unas sumas de dinero que le fueron pagadas de buena fe y en cumplimiento de órdenes judiciales vigentes para dicha época. Ahora, a juicio de la Sala, si la Administración considera imperioso para proteger el patrimonio público de la Entidad y lograr el reintegro de lo indebidamente pagado, tiene a su alcance las acciones de tipo penal, laboral o contencioso administrativas, para demostrar la mala fe y el posible enriquecimiento sin causa del señor Angulo Ramos.**" (Negrillas y subrayas de la Sala).*

4.3. Conclusión

Se observa entonces que, frente a los particulares de buena fe, a quienes se les hayan reconocido prestaciones de forma sin cumplimiento de los requisitos legales, no es procedente la orden de devolución de tales emolumentos, por lo cual, dado que en el plenario no se observa ninguna prueba que lleve a esta Sala a la certeza de existencia de mala fe en el actuar de la demandada, no se accederá a lo pretendido sobre el particular.

5. Condena en costas

No se impondrá condena en costas al haberse accedido solo de manera parcial a las pretensiones de la demanda, esto al tenor de lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 365 del C.G.P.

Es por lo discurrido que la Sala Tercera de Decisión del **Tribunal Administrativo de Caldas**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad parcial de la Resolución 16660 del 17 de diciembre de 1987, proferida por la extinta Cajanal E.I.C.E., únicamente en lo referente a los factores tenidos en cuenta para la liquidación de la pensión gracia a la demandada.

SEGUNDO: DECLÁRASE la nulidad de las Resoluciones 011558 del 7 mayo 1998 y 16822 del 18 de abril de 2006 proferidas por la extinta Cajanal E.I.C.E., en las que se reliquidó la pensión gracia de la demandada.

TERCERO: En consecuencia, ORDENASE a la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP reliquidar la pensión gracia de jubilación de la María Doralis Herrera Franco, teniendo como base todos los factores salariales percibidos en el año inmediatamente anterior a aquel en que consolidó su derecho a ser beneficiaria de la pensión gracia, esto es, el que transcurrió entre el **9 de febrero de 1986 y el 9 de febrero de 1987**, con los reajustes correspondientes.

CUARTO: NIÉGANSE las demás pretensiones formuladas por la parte actora.

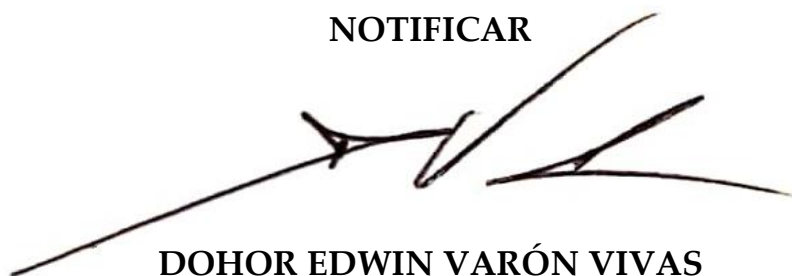
QUINTO: SIN COSTAS.

SEXTO: EJECUTORIADA la presente providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos ordinarios del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes, si los hubiere, a la parte interesada y **ARCHÍVESE** el expediente, previas las anotaciones en el sistema Justicia Siglo XXI.

SÉPTIMO: **EXPÍDANSE** a costa de la parte interesada las copias auténticas que sean solicitadas, con las constancias secretariales requeridas, con observancia de los parámetros legales (Artículo 114 del Código General del Proceso).

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 56 de 2021.

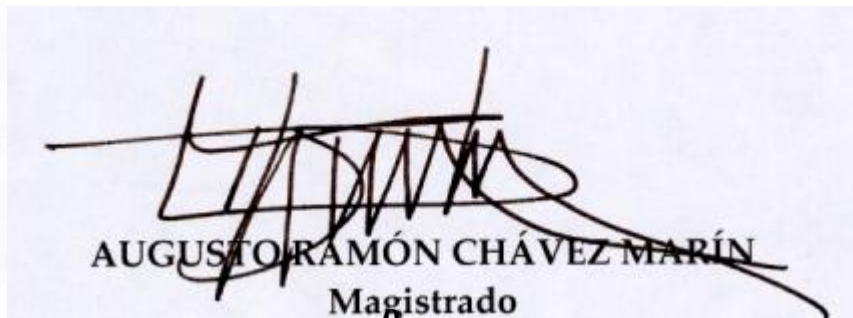
NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARON VIVAS
Sentencia No. 200

Manizales, veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Proceso: 17001-33-39-006-2020-00273-02
Clase: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho
Accionante: Yolanda Giraldo Giraldo
Accionado: Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM)

Se dicta sentencia de segunda instancia, con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la demandante contra el fallo que negó las pretensiones

I. Antecedentes

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto ficto configurado el 02 de octubre de 2019 frente a la petición presentada el 02 de julio de 2019, en cuanto negó el reconocimiento de la prima de junio establecida en el artículo 15, Numeral 2, literal B, de la Ley de 91 de 1989.

Que a título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada a reconocer y pagar a la demandante, la prima de junio establecida en el artículo 15. Numeral 2, literal B, de la Ley de 91 de 1989, por causa de no haber alcanzado el derecho al reconocimiento de la pensión gracia debido a que fue vinculado por primera vez a la docencia oficial, en fecha posterior al 1 de enero de 1981, a partir del 27 de noviembre de 2017 equivalente a una mesada pensional; que, sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique los reajustes de la Ley para cada año como lo ordena la Constitución y la ley; el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado. Que el pago del incremento decretado se siga realizado en las mesadas futuras como reparación integral del daño.

1.2. Fundamento Factivo

Se señala que la accionante fue vinculada por primera vez como docente oficial en fecha posterior al 1 de enero de 1981, razón por la cual, en condición de pensionado por el FNPSM, no tiene derecho a que Cajanal, hoy "UGPP" reconozca a su favor la pensión de gracia. La pensión fue reconocida por Resolución 1488-6 de 07 de febrero de 2018 expedida por la Secretaría de Educación del ente departamental, en representación legal de la Nación, y con fundamento legal en la Ley 91 de 1989.

Que el fundamento jurídico de la prima de medio año equivalente a una mesada

especial para los profesores afiliados al FNPSM que por el haber ingresado por primera vez al servicio de la docencia oficial no tienen derecho a la pensión gracia.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

Ley 91 de 1989 Artículo 15 y la Sentencia de unificación, SUJ—014— CE—S2—2019, Consejero Ponente César Palomino Cortés.

Como sustentó del concepto de violación, señaló que el objetivo de haber establecido esta prestación, fue en compensación por haber perdido la pensión de gracia, sumado al hecho de que el derecho solicitado fue establecido mucho antes de reconocerse la mesada en la ley 100 de 1993.

Señaló que cuando se estableció el pago de una mesada adicional para los pensionados en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, ya existía para los docentes del Magisterio que fueron vinculados después de 1981, conforme lo establece la ley 91 de 1989 una prima de medio año equivalente a una mesada pensional a partir de la adquisición del derecho pensional, sin que se realizara alguna derogatoria del beneficio reclamado.

Agregó que es claro que el numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, nada tiene que ver con la mesada pensional causada con posterioridad al año 2005, pues el régimen especial, que contiene la misma, identifica una prima, que "equivale" a una mesada pensional, situación diferente a la prestación acontecida como mesada adicional a los docentes en el mes de junio de cada año.

2. Contestación de la demanda

La Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM: no contestó la demanda.

3. Fallo de primera instancia

El *a quo* negó las pretensiones de la parte demandante y la condenó en costas después de plantearse como problema jurídico principal, si al actor le asistía el derecho a que se le reconozca la prima de mitad de año creada por la Ley 91 de 1989.

Tras hacer un recuento normativo sobre la mesada adicional consagrada en la Ley 91 de 1985, concluye que, para determinar si un docente es beneficiario de la mesada 14 se debe determinar si se causó la pensión antes del 31 de julio de 2011 y si la prestación reconocida es inferior a tres salarios mínimos mensuales vigentes.

Y como en el caso de la actora, adquirió el status de pensionada con posterioridad al 31 de julio de 2011, en este orden de ideas no tiene derecho al reconocimiento de la mesada 14, y por ello niega las pretensiones.

4. Recurso de apelación

La parte accionante solicitó recovar la sentencia y en su lugar acceder a sus pretensiones; para ello, después de hacer un recuento normativo sobre la mesada adicional de mitad de año, señaló que cumple con los requisitos establecidos en la ley para obtener el reconocimiento a la prima de mitad de año, equivalente a una mesada pensional, pues se vinculó al magisterio después del 01 de enero de 1981, por lo tanto cumple con el primer requisito consagrado en el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y que indica a que tiene derecho a la prima de mitad de año, aquellos docentes que se hayan vinculado a partir del 01 de enero de 1981.

Que la prima de mitad de año, fue prevista por el legislador como un beneficio adicional a la pensión de jubilación, para aquellos docentes que por su fecha de vinculación no tenían derecho a la pensión gracia. De ahí que por el hecho de que se pague en junio y que equivalga a una mesada pensional, no desnaturaliza su calidad de prima de beneficio solo para los docentes que cumplen los requisitos establecidos en el numeral 2, literal b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y tampoco la convierte en la mesada adicional creada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, pues la naturaleza de ambas es diferente.

En cuanto a la condena en costas señaló que, acudió a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en busca de protección judicial para sus derechos salariales, con la firme convicción de que existe una vulneración de sus garantías constitucionales y legales. Por otro lado, señaló que, si bien es cierto con las reformas introducidas a través de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A) como la ley 2080 de 25 de enero de 2021 en su artículo 188 se adicionó *“En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”*.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

Los problemas jurídicos principales que se deben resolver en esta instancia se resumen en el siguiente interrogante:

¿Tiene derecho la demandante a que se le reconozca y pague la prima de mitad de año, mesada adicional, consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989?

¿Fue adecuada la imposición de condena en costas en primera instancia a cargo de la parte demandante?

2. Primer problema jurídico

2.1. Tesis del tribunal

La parte demandante no le asiste derecho a que le sea reconocida la mesada adicional de junio consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, pues, adquirió su status pensional después del 2005 y su pensión no es inferior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, por lo que no se encuentran dentro de las excepciones contempladas para que sea procedente el reconocimiento de la mesada adicional consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, ello en virtud del Acto Legislativo 01 del 25 de julio de 2005.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: i) los hechos acreditados; ii) el régimen aplicable a los docentes; iii) la mesada

2.2. Hechos probado

Para el caso bajo estudio, se encuentra demostrado lo siguiente:

➤ Mediante Resolución 1488 – 6 del 7 de febrero de 2018 se reconoció y ordenó el pago de una pensión de invalidez a favor de la actora, efectiva desde el 27 de noviembre de 2017, por un valor mensual de \$3'891.462. (Fl. 29 C.1)

➤ Mediante petición radicada el 2 de julio de 2019 la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985. (Fls. 26-27 C.1)

Para determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes, debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003, que reguló dos eventos:

- i) El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, **que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley** al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.
- ii) Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley**, deben ser afiliados al FOMAG y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

El Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el párrafo transitorio 1º, lo siguiente:

***PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o.** El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.*

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, que unificó el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional. Señaló a propósito, en su artículo 15, lo siguiente:

***ARTÍCULO 15.** A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990, será regido por las siguientes disposiciones:*

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones:[...]

B. Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional. [...] (Negrillas fuera de texto)

Respecto de la mesada catorce contemplada para los docentes que no tuvieran derecho a la pensión gracia, el Consejo de Estado - Sala de Servicio Civil y consulta en concepto del 22 de noviembre de 2007¹, esgrimió:

2. La mesada adicional del mes de junio:

2.1. Su origen y evolución:

Como lo reseña la consulta de la señora Ministra, la mesada adicional del mes de junio fue concebida durante las discusiones del proyecto de normatividad en materia de seguridad social que se concretó en la ley 100 de 1993, con la finalidad de compensar a un grupo de pensionados a los cuales la aplicación de la fórmula consagrada en la ley 4ª de 1976 para el reajuste de su pensión, pudo haberle significado un menor valor frente al resultado de las reglas establecidas en la ley 71 de 1988 18. Tal finalidad sustentó la decisión del legislador, recogida en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, de consagrar la mesada adicional del mes de junio, relacionando sus destinatarios. Las expresiones subrayadas fueron declaradas inexequibles 19, pero a continuación se transcribe la versión originalmente aprobada:

"Artículo 142. Mesada adicional para actuales pensionados: Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado, y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994. / Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996.

"Parágrafo. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual."

La norma así aprobada fue incorporada por el legislador como una de las "disposiciones finales del Sistema General de Pensiones", regulado en el Libro I de la ley 100 de 1993, que "con las excepciones previstas en el artículo 279" y el respeto a los derechos adquiridos, se aplica a "todos los habitantes del territorio nacional."

Por sus antecedentes y su ubicación en el cuerpo normativo, la mesada adicional es parte del sistema general de pensiones. Esta afirmación se refuerza al observar que la misma ley 100, artículo 279, excluía del régimen general a varios grupos de pensionados, pese a lo cual el texto del artículo 142 incluyó de manera expresa uno de esos grupos, el de "los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de Policía", para que pudieran gozar del beneficio de la mesada adicional. En este sentido, la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-461-95, al ordenar aplicar un beneficio similar a los afiliados al Fondo de Prestaciones del Magisterio:

"La excepción al régimen general, consagrada en el artículo 279 de la ley 100, es total. Vale decir, a los afiliados del mencionado Fondo no se les aplica la Ley 100, en ninguna de sus partes, en lo referente al Sistema Integral de Seguridad Social. El artículo 142 – que consagra la mesada adicional para pensionados – tampoco se aplicaría a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dado que tal artículo forma parte del Sistema Integral de Seguridad Social."

Ahora bien, en nuestro ordenamiento es claro que los requisitos, condiciones y beneficios que configuran un régimen general o un régimen especial, son excluyentes, de manera que los destinatarios de uno y de otro se sujetan en su integridad al que les sea aplicable; salvo disposición legal en contrario que extienda un beneficio del régimen general a los pensionados bajo regímenes especiales, pero sin modificar estos últimos, como es el caso que nos ocupa.

Es claro que la mesada adicional creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993 es un beneficio del sistema general de pensiones, y por lo mismo, de él estaban excluidos quienes se pensionaran bajo los regímenes exceptuados expresamente por el artículo 279 de la misma ley 100; al analizar esta última disposición, la Corte Constitucional con base en la ley 91 de 1989 encontró que los docentes que no tuvieran derecho a la pensión de gracia y los vinculados al fondo de Prestaciones del Magisterio, antes del 1º de enero de 1988, sin derecho a esa pensión, configuraban una excepción arbitraria pues su régimen pensional no incluía ningún beneficio similar a la mesada adicional del mes de junio, con lo cual se rompía la igualdad de todos los pensionados; y tomó esta situación como ejemplo de comparación entre el régimen general y los regímenes especiales, a fin de determinar la constitucionalidad de estos; así, en la sentencia C-080-99, se lee:

“...7. Con base en los anteriores criterios, la Corte concluyó que, por ejemplo, la exclusión de la mesada pensional adicional prevista por la Ley 100 de 1993 a ciertos maestros desconocía la igualdad, por cuanto estos no gozaban, dentro de su régimen especial, de ningún beneficio similar o equivalente ‘que obre como compensación por el deterioro que causa la inflación sobre el poder adquisitivo de las pensiones... 8. El análisis precedente muestra que, conforme a la jurisprudencia de la Corte, en principio no es posible comparar las prestaciones individuales de los regímenes especiales de seguridad social frente a la regulación establecida por el sistema general de pensiones o de salud. Sin embargo, en algunos casos, y de manera excepcional, es procedente un examen de igualdad. Para tal efecto, se requiere que se trate de una prestación claramente separable del conjunto de beneficios previstos por el régimen, en la medida en que tiene una suficiente autonomía y no se encuentra indisolublemente ligada a otras prestaciones...”

La extensión de la mesada adicional del sistema general de pensiones a los grupos de pensionados exceptuados de él, tiene como antecedente la sentencia C- 409-94 que declaró inexecutable las expresiones “actuales” y “cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988”, del artículo 142 de la ley 100 de 1993, por considerar que “la desvalorización constante y progresiva de la moneda” afectaba a todos los pensionados en los reajustes anuales de sus mesadas; la segunda, ya comentada, de la cual surgió un grupo de docentes que por no tener derecho a la pensión de gracia y haberse vinculado al servicio antes del 1º de enero de 1980, no tenían un beneficio equivalente, de manera que la excepción del artículo 279 de la ley 100 de 1993 se había tornado discriminatoria en cuanto impedía el reconocimiento a este sector de pensionados de dicha mesada adicional.

Las razones expuestas en la sentencia C-409-94 fundamentaron la iniciativa parlamentaria que se concretó en la ley 238 de 1995, y que fue propuesta y aprobada como una “adición” de un párrafo al artículo 279 de la ley 100 de 1993 para que, sin modificar su texto, esto es conservando el reconocimiento de los regímenes especiales de ECOPETROL y del Magisterio, por lo mismo exceptuados del sistema general de pensiones, se precisara que los pensionados de esos sectores tendrían derecho a los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de dicha ley. El texto aprobado fue el siguiente:

“Párrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los

Destaca la Sala que la iniciativa fue muy clara en el sentido de aplicar a un grupo de pensionados unos beneficios del régimen general, pero no planteó, ni se discutió, la modificación de los correspondientes regímenes especiales; de este modo, el texto aprobado muestra que con él se permite el reconocimiento de la mesada adicional a los sectores de pensionados exceptuados de ese régimen general pero sin modificar sus propios regímenes especiales para incorporarla a ellos.

Es decir, la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la ley 100 de 1993; en rigor, la ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.

Conservándose como parte del sistema general, la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales, como se expone a continuación.

2.2. La supresión de la mesada adicional del mes de junio:

Con la finalidad de introducir como principio constitucional la indispensable sostenibilidad del sistema de seguridad social y limitar la posibilidad de que por ley o negociación colectiva continuara la multiplicidad de regímenes pensionales y su impacto en las finanzas públicas, el gobierno nacional presentó dos proyectos de acto legislativo el 20 de julio y el 19 de agosto del 2004, los cuales fueron acumulados para su estudio y trámite.

Ambos proyectos contenían la siguiente propuesta de norma constitucional:

"Las personas a las que se les reconozca pensión a partir de la entrada en vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año."

Esta propuesta no encontró reparos en el Congreso y desde el inicio de los debates fue modificada para que la prohibición no quedara referida al reconocimiento de la pensión sino a su causación; así, la norma aprobada como inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, ordena:

"Artículo 1º...

"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado su reconocimiento."

En los debates, la propuesta fue aceptada en razón del impacto económico de esa mesada adicional; pero también se dio el acuerdo de introducir una excepción para los pensionados que reciban mesadas no superiores a tres salarios mínimos mensuales legales vigentes, siempre que reúnan los requisitos para pensionarse antes del 31 de julio del 2011; este acuerdo se recogió en el párrafo transitorio 6º del Acto Legislativo No. 01 del 2005:

"Párrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011,

De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 2005, las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el párrafo 6º transitorio, que, evidentemente, también está restringida en el tiempo y en sus destinatarios.

Entonces, los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del párrafo transitorio 6º del mencionado acto legislativo.

Con base en las premisas anteriores,

SE RESPONDE:

"1. Desde la perspectiva jurídica, por gozar los docentes de un régimen especialísimo de pensiones y al haber sido excluidos de la aplicación del Sistema de Seguridad Social integral implementado por la ley 100 de 1993 ¿tienen los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados o territoriales, cuyo derecho a pensión se ha causado con posterioridad a la vigencia del Acto legislativo No. 01 de 2005, derecho a la mesada pensional del mes de junio?"

Los docentes del sector oficial, nacionales, nacionalizados y territoriales, que causen el derecho a la pensión de jubilación o vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 del 2005, no tienen derecho a la mesada pensional adicional del mes de junio de que tratan el artículo 142 de la ley 100 de 1993 y la ley 238 de 1995. Se exceptúan los docentes que causen el derecho a la pensión antes del 31 de julio del 2011, si su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el párrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

"2. De acuerdo con lo dispuesto en el párrafo transitorio 2 del Acto legislativo No. 01 de 2005, ¿la vigencia del régimen exceptuado de los docentes afiliados al fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio expirará el 31 de julio del año 2010?"

Sí; de manera que en virtud del Acto Legislativo No. 01 del 2005, son tres los regímenes pensionales aplicables al personal docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

a. el de la ley 91 de 1989 y demás leyes vigentes al 27 de junio del 2003, para los docentes vinculados al servicio con antelación al 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007).

b. el de prima media con prestación definida de las leyes 100 de 1993 y 797 del 2003, pero con edad de 57 años para hombres y mujeres, tratándose de los docentes vinculados al servicio a partir del 27 de junio del 2003 (artículo 81 de la ley 812 del 2003 y artículo 160 de la ley 1151 del 2007);

c. el del Sistema General de Pensiones, para las pensiones que se causen después del 31 de julio del 2010 (párrafo transitorio segundo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005). [...] (negrillas y subrayas de la Sala)

Ahora bien, respecto de la aplicación del Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil el Consejo de Estado en providencia del 1 de febrero de 2018 expuso:

La accionante, centra su inconformidad en la interpretación que fue dada por el Tribunal Administrativo del Tolima, a las normas del Acto Legislativo 01 de 2005 que hace referencia a los regímenes pensionales exceptuados, especialmente, el relacionado con la carrera docente y sus derechos pensionales.

Al respecto, indicó que en relación con la mesada catorce, la procedencia para su reconocimiento es la fecha en que se presentó la vinculación al servicio oficial de educación, y no, como razón la autoridad judicial accionada, la fecha de adquisición del estatus pensional por parte de quien pretende el reconocimiento de dicha prestación económica.

Sobre el particular, este juez constitucional encuentra que la interpretación dada por el tribunal accionado, resulta razonable y por lo tanto, los defectos alegados por la parte accionante, no se configuran. Lo anterior, bajo las siguientes consideraciones:

Como se expuso en el acápite de hechos probados en de la presente providencia, en la sentencia que resolvió en segunda instancia sobre las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho de la actora, el fallador parte de la base de establecer con claridad el régimen aplicable (i) tanto al reconocimiento pensional docente, así como a (ii) la mesada adicional número catorce.

Respecto al segundo de los aspectos, el cual resulta ser el relevante para el sub lite, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Tolima, señaló que tras la inclusión de la mesada catorce como un beneficio de los docentes oficiales (a través de la Ley 238 de 1995), con el Acto Legislativo 01 de 2005 se establecieron condiciones específicas para su reconocimiento, de las cuales se puede concluir que (i) la mesada adicional catorce no será pagada a quienes causen su derecho con posterioridad a la entrada en vigencia del acto reformativo de la constitución y (ii) se exceptúan de ello a quienes obtenga su estatus pensional antes del 31 de julio del 2011, y tengan igual o menos de tres salarios mínimos como monto reconocido.

La conclusión expuesta en precedencia, tuvo como sustento una lectura armónica de las disposiciones del citado acto reformativo de la constitución, especialmente, lo fijado en el inciso 8º del artículo 1º del mismo, el cual señala que “las personas cuyo derecho de pensión se cause a partir de la vigencia del presente acto legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”.

Fundamentó la autoridad judicial accionada dicha interpretación, no sólo en la lectura de las normas, sino también en un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de fecha 22 de noviembre del 2007, radicado 2007-0084, en donde se expuso lo dicho en precedencia.

A su vez, la autoridad judicial accionada señaló que conforme al concepto del Consejo de Estado, el beneficio de la mesada catorce en favor de los docentes oficiales, si bien fue incluido excepcionalmente, ello no implica una modificación del régimen que regula su situación pensional, razón por la cual, al mantenerse como un beneficio del régimen general (Ley 100 de 1993), “la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales”.

Así las cosas, para esta judicatura, la interpretación dada por la el Tribunal Administrativo del Tolima es razonable, toda vez que obedece a un criterio derivado de la lectura de las normas aplicables al caso concreto, lo que implica que el defecto alegado no se configure.

o nacionalizados que hubieren adquirido su status pensional antes del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 del 2005, o que, habiendo causado su derecho pensional antes del 31 de julio del 2011, su mesada pensional es igual o inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, según lo establece el parágrafo transitorio 6º del artículo 1º del Acto Legislativo en mención.

2.5. Análisis de los hechos probados a la luz de la normatividad aplicable

➤ De acuerdo a lo probado en el expediente, mediante Resolución 1488 – 6 del 7 de febrero de 2018 se reconoció y ordenó el pago de una pensión de invalidez a favor de la actora, efectiva desde el 27 de noviembre de 2017, por un valor mensual de \$3'891.462. (Fl. 29 C.1)

Conforme a lo anterior evidencia la Sala que, la actora adquirió su status pensional después del 2005 y su pensión no es inferior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, por lo que no se encuentran dentro de las excepciones contempladas para que sea procedente el reconocimiento de la mesada adicional consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985, ello en virtud del Acto Legislativo 01 del 25 de julio de 2005.

2.6. Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados se concluye que, a la parte demandante no le asiste derecho a que le sea reconocida la mesada adicional de junio consagrada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1985.

En ese sentido, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia mediante la cual se niegan las pretensiones de la demandante.

3. Segundo Problema Jurídico *¿Fue adecuada la imposición de condena en costas en primera instancia a cargo de la parte demandante?*

Tesis del Tribunal: Fue adecuada la imposición de condena en primera instancia a cargo de la parte demandante por cuanto el *a quo* aplicó el criterio objetivo valorativo.

Señala la apelante que la condena en costas impuesta en primera instancia debe ser revocada por cuanto acudió a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en busca de protección judicial para sus derechos salariales, con la firme convicción de que existe una vulneración de sus garantías constitucionales y legales; que si bien es cierto con las reformas introducidas a través de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A) como la ley 2080 de 25 de enero de 2021 en su artículo 188 se adicionó *“En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”*, por lo que considera que la demanda cuenta con todo el fundamento legal y jurídico.

Al respecto, en la sentencia apelada se indicó que, se condena en costas a la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al artículo 366 del Código General de Proceso, *“por cuanto se evidenció actividad diligente de los abogados de la parte accionada realizada dentro del proceso”*, atendiendo los recientes pronunciamientos del Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. *Se fijan Agencias en derecho por el equivalente al 4% del valor de las pretensiones solicitadas, esto es, por valor de ciento cincuenta mil pesos (\$150.000)”*.

La Sala precisa que, si bien el artículo 366 del CGP en su numeral 5º establece la procedencia del recurso de apelación contra el auto que aprueba la liquidación de las

lo que se discute no es su liquidación, sino la condena en sí, la cual, al ser objeto de decisión en la sentencia de primera instancia, resulta apelable de conformidad con el inciso primero del artículo 243 del CPACA. En tal sentido, la Sala estima procedente abordar la discusión planteada por la entidad accionada por vía de alzada.

Así las cosas, la Corte Constitucional² ha explicado que las costas, esto es, *"aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial"*, están conformadas por dos rubros distintos: las expensas y las agencias en derecho.

Las primeras corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo, pero distintos al pago de apoderados, así, de conformidad con el Capítulo II del Título I -Costas- del CGP, las expensas están conformadas por aranceles judiciales, honorarios de auxiliares de la justicia, entre otros, es decir, en términos generales a todos los gastos surgidos para dar el curso procesal ordinario requerido por el proceso judicial.

Por su parte, prosigue el citado pronunciamiento jurisprudencial constitucional advirtiendo que *"las agencias en derecho no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora, aun cuando pueden fijarse sin que necesariamente hubiere mediado la intervención directa de un profesional del derecho"*.

El artículo 188 del CPACA dispone que: *"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"*.

En atención a la remisión expresa del artículo referido, se tiene entonces que el Código General del Proceso en su artículo 365 establece:

"ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.”

En este punto se considera necesario destacar que, el H. Consejo de Estado mediante providencia de 7 de abril de 2016, advirtió sobre la variación de la postura que se venía aplicando respecto de las condenas en costas y agencias en derecho, basada en la modificación introducida por el CPACA y que encuentra sustento en el CGP puesto que la normatividad anterior, Decreto 01 de 1984 consagraba originalmente en su artículo 171, un criterio subjetivo de valoración, en el cual se atendía exclusivamente a caracteres como la temeridad o mala fe, para proferir condenas en costas y agencias en derecho, en síntesis, advirtió el establecimiento de un nuevo criterio objetivo en lo que respecta a la imposición de costas procesales.

Ahora bien, con respecto al referido cambio de criterio para la imposición de costas procesales el H. Consejo de Estado ha desarrollado una línea jurisprudencial pacífica, en el sentido de advertir que si bien el fundamento la imposición de costas ha variado a razones de índole meramente objetivo, es necesario que en los términos del precitado numeral 8º del artículo 365 del CGP se comprueba para su imposición que “en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”. En efecto, la aludida corporación³ ha señalado:

“[E]sta Subsección..., varió aquella posición y acogió el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino los aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. En dicha oportunidad concluyó lo siguiente:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” —CCA— a uno “objetivo valorativo” —CPACA—.

b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos,

así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por lo anterior, se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público.”

De lo expuesto se concluye que, aunque el criterio para condenar en costas sea objetivo, este también debe ser valorativo, lo que impone al operador judicial el deber de precisar los motivos por los cuales considera que procede la condena en costas, es decir, por qué aduce que se causaron las mismas. Análisis que fue realizado en la providencia de primera instancia, en la que se indicaron las razones por las cuales se consideró que se habían causado las agencias en derecho.

Al respecto en la sentencia apelada se precisó que, “*se evidenció actividad diligente de los abogados de la parte accionada realizada dentro del proceso*”, por lo que se fijan Agencias en derecho por el equivalente al 4% del valor de las pretensiones solicitadas, esto es, por valor de ciento cincuenta mil pesos (\$150.000)”.

De acuerdo al análisis precedente, a la redacción del artículo 188 de la ley 1437 de 2011, y al atender y acoger el criterio objetivo valorativo, se confirmará la condena en costas y agencias en derecho impuestas a la parte demandante en primera instancia.

Cabe resaltar además que, la reforma introducida por la Ley 2080 de 25 de enero de 2021 en su artículo 188 adicionó una regla o criterio para la imposición de condena en costas, consistente en que en aquellos caso, en que se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas. Sin que se pueda afirmar que hace inaplicable las demás reglas señaladas en Ley 1437 de 2011 y el 365 del CGP (Código General del Proceso).

Por lo tanto, en el presente asunto, si bien no puede afirmarse que la demanda se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal, era procedente el análisis para la imposición de condena en costas, de las demás reglas de imposición a la luz del criterio objetivo valorativo antes explicado; análisis que en efecto realizó el juez de primera instancia.

4. Costas en esta instancia

No se condenará en costas de conformidad con el artículo 365 del CGP, toda vez que no se encuentra acreditada su causación en esta instancia, pues no existió actuación alguna por la parte demandada en la segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal **Administrativo de Caldas**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

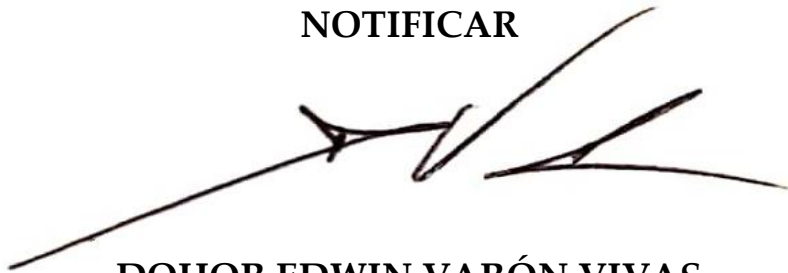
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 4 de junio de 2021 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **Yolanda Giraldo Giraldo** contra la **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

SEGUNDO: SIN COSTAS de segunda instancia, conforme a la parte motiva.


TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 56 de 2021.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 204

Manizales, veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho- laboral
Demandante: Hernán Giraldo Trujillo
Demandado: Nación- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC
Radicado: 17001-23-33-000-2021-00054-00

Se dicta sentencia de primera instancia en el proceso de la referencia.

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita se declare nula la Resolución 00033 del 7 de enero de 2020, expedida por el Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario a través del cual se aceptó la renuncia del accionante en calidad de Director de Establecimiento de Reclusión código 0195, clase I, adscrito al Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Anserma, a partir del 10 de enero de 2020.

Que, a título de restablecimiento del derecho, se ordene el reintegro al cargo que venía desempeñando; se reconozca y pague el periodo comprendido entre el 11 de enero de 2020, hasta que se haga real y efectivo el reintegro al cargo, sumas que deberán ser indexados. Que en caso de no ser posible el reintegro, la demandada proceda a pagar indemnización compensatoria.

1.2. Fundamento factico

Se relata en síntesis que, el señor Hernán Giraldo Trujillo fue nombrado y posesionado en el cargo de Director de Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Anserma, desde el 1º

de julio de 2011. Que el Inpec a través de la Regional del Eje Cafetero delegó la tarea de notificar verbalmente el requerimiento a los directores de establecimiento penitenciario de la “*renuncia protocolaria*”, lo cual fue realizado por medio telefónico.

Por lo anterior, el 10 de diciembre de 2019 presentó renuncia protocolaria ante el Brigadier General Norberto Mujica Jaime – Director del Inpec, afirmando que dicha renuncia se presentó bajo condiciones de presión, debido a la serie de llamadas y correos electrónicos. La renuncia que fue aceptada mediante Resolución 000033 del 7 de enero de 2020.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Señaló en síntesis que, se vulneró el derecho a la dignidad humana, una vida en condiciones dignas y justas, el derecho a tener trabajo y el derecho a tener una existencia sin apremios ni angustias de tipo económico por la falta de ingresos y recurso. Al respecto señaló que, si bien la resolución demandada, a través de la cual fue aceptada la renuncia al cargo, en apariencia fue voluntaria, ello no es verdad, toda vez que fue objeto de presiones por parte de la Regional del Eje Cafetero. Por lo anterior, adujo que existen motivos suficientes para señalar que el acto está viciado.

Sostuvo además que, esa situación ha traído un perjuicio irremediable el cual se mantiene en el tiempo, debido a que las condiciones económicas, laborales y familiares del demandante, quien es padre cabeza de familia, se han agudizado, toda vez que se encuentra cesante y debido a las circunstancias actuales provocadas por la pandemia del Covid-19, no tiene los recursos para garantizar su subsistencia y la de su núcleo familiar.

2. Contestación de la demandada

La accionada se opuso a las pretensiones del demandante; tuvo como cierto que, el señor Hernán Giraldo Trujillo fue nombrado en el cargo de Director de Establecimiento de reclusión 0195 clase I, mediante Resolución 002697 del 28 de junio de 2011, quien tomó posesión del cargo el 1º de julio de ese mismo año y que fue expedida la Resolución 000033 del 7 de enero de 2020 proferida por la Dirección General del INPEC, por medio de la cual fue aceptada la renuncia al señor Giraldo. Planteó las excepciones de mérito:

- *Inexistencia del derecho reclamado por parte del demandante en contra del INPEC*”: Señaló que el cargo que desempeñó el demandante fue el de Director de Establecimiento, cuya naturaleza del empleo es de “libre nombramiento y remoción”, por lo que el Director General puede disponer libremente de esa plaza cuando lo considere pertinente y necesario, siempre buscando el mejoramiento del servicio, sin que ello implique garantía de estabilidad o inamovilidad, debido a la facultad discrecional del nominador, la cual encuentra cobijo en el artículo 10 del Decreto 407 de 1994 .

- *Existencia de razones del buen servicio*": Indicó que, al darse el cambio de director General de la institución, se debe presumir que a partir de dicho cambio, todas las acciones realizadas, estarán encaminadas al cumplimiento cabal de la misión penitenciaria, lo que lleva a las razones del buen servicio o mejoramiento del mismo. Siendo ésta la principal característica de las renuncias protocolarias, permitir de manera decorosa, que el nominador tome sus propias decisiones frente a la estructuración de su equipo de trabajo, para de esta forma, lograr los objetivos y planes trazados, sin que en ningún momento se hable de intereses personales o intereses arbitrarios.

- *Inexistencia de Desviación de Poder*: señaló que en efecto se presentó una insinuación de renuncia a la totalidad de los directores de establecimiento penitenciario pertenecientes a la Regional Viejo caldas, que tal como lo ha definido la jurisprudencia, no resulta ser ilegal, ni causal de vicio en el consentimiento y voluntariedad de la renuncia; contrario a esto, se considera como un acto de cortesía para con el nominador y su estrategia de trabajo, evitándose con ello, que precisamente ese nominador, ordene la declaratoria de insubsistencia, en igual sentido atendiendo la facultad discrecional en cabeza de dicha autoridad.

- *Presunción de legalidad de la Resolución No. 000033 fechada 07 de enero de 2020*: Afirmó que, el acto demandado fue expedido por el Director General del INPEC en observación a sus facultades legales, teniendo en cuenta para ello el contenido del Decreto 407 de 1994 *REGIMEN DE PERSONAL DEL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC*, por lo tanto goza de plena validez y eficacia, se presume su legalidad.

3. Alegatos de conclusión

El INPEC reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demandada, para concluir que de acuerdo con las pruebas arrojadas al proceso, la parte demandante no demostró la existencia de presiones o que la renuncia protocolaria presentada, hubiese sido objeto de constreñimiento. Por lo anterior, señaló que no fue desvirtuada la presunción de legalidad del acto administrativo acusado.

El **demandante** sostuvo que, la entidad demandada no pudo desvirtuar que la desvinculación haya sido carente o despojada de arbitrariedad, ni en beneficio o mejoramiento de la Administración Pública, pues sobre el particular aspecto, no invocó o arrojó prueba alguna en su favor, circunstancia que le da más peso y valor a los hechos y probanzas pertinentes de la acción impetrada, sobre el desmejoramiento del servicio del Inpec- Cárcel de Anserma, Caldas, con posterioridad a la desvinculación laboral del demandante, producto de los manejos politiqueros y clientelistas como móviles ocultos que rodearon la aceptación de la renuncia al cargo, lo que a la postre se logró, con su aceptación de la renuncia al cargo - es decir - se dio vía libre a una perfecta acción de arbitrariedad o capricho individual por parte del Director Nacional del Inpec, quien ejerció poder

discrecional sin sujeción a la Constitución, mucho menos, a la Ley, o precepto aplicable alguno.

Señaló que, deben recibirse los testimonios de las personas que no *“lo pudieron hacer porque su señoría, solo al intentarse la comunicación virtual, con el primero de ellos, en una mera oportunidad...sin dar espera o insistirse en la comunicación, o pasar a recepcionar la declaración de los demás testigos, decidió unilateralmente desistir de la recepción de los restantes”*.

De otra parte, adujo que la carga probatoria recaía sobre la entidad, toda vez que ella ostenta la posición dominante, por consiguiente y al no aportar pruebas que controviertan la presión con al que se dio la desvinculación del demandante, debe accederse a las pretensiones.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

De conformidad con la demanda y su contestación, se centran en establecer si *¿El Inpec ejerció indebida presión contra el actor para que presentara renuncia al cargo de Director del Establecimiento de Reclusión código 0195, adscrito al Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Anserma y si la renuncia fue aceptada irregularmente?*

2. Tesis del Tribunal

No fue desvirtuada la presunción de legalidad de la Resolución 000033 17 de enero de 2020, suscrita por el Director General del Inpec, a través de la cual, fue aceptada la renuncia presentada por el señor Giraldo al cargo de Director de Establecimiento de Reclusión Código 0195 Clase I, del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Anserma, toda vez que:

i) La renuncia fue presentada por escrito, sin señalarse motivos diferentes a que era la manifestación de su voluntad, de dar por terminada la relación laboral; (ii) De acuerdo con el artículo 10 del Decreto Ley 407 de 20 de febrero de 1994, el cargo que ostentaba el señor Giraldo, carecía de estabilidad laboral o fuero de inamovilidad, dada la categoría del empleado público de libre nombramiento y remoción; (iii) la calidad de empleado del nivel directivo presupone su experiencia y preparación para discernir acerca de la conveniencia de su renuncia al cargo; y (iv) no fue demostrada coacción o presión alguna, además que, la simple insinuación o solicitud de renuncia de la Administración no constituye una coacción invencible que elimine el acto voluntario, porque frente a dichas propuestas puede acceder o no conforme a su entendimiento.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: i) el marco normativo y jurisprudencial; para luego descender al ii) análisis del caso concreto.

2.1. Marco normativo y jurisprudencial¹

2.1.1. El acto de renuncia del servidor público debe ser resultado de la voluntad libre y espontánea, pues conforme a lo establecido en el artículo 26 de la Carta Política, *“Toda persona es libre de escoger profesión u oficio (...)”*.

En relación con la libre disposición para renunciar a un empleo público, el artículo 27 del Decreto 2400 de 1968², compatible con el mandato del artículo 26 superior, dispone:

“Todo el que sirva un empleo de voluntaria aceptación puede renunciarlo libremente. La renuncia se produce cuando el empleado manifiesta en forma escrita e inequívoca su voluntad de separarse definitivamente del servicio.”
La providencia por medio de la cual se acepte la renuncia deberá determinar la fecha de retiro y el empleado no podrá dejar de ejercer sus funciones antes del plazo señalado, so pena de incurrir en las sanciones a que haya lugar por abandono del cargo. La fecha que se determine para el retiro no podrá ser posterior a treinta (30) días después de presentada la renuncia; al cumplirse este plazo el empleado podrá separarse de su cargo sin incurrir en el abandono del empleo.

Quedan terminantemente prohibidas y carecerán en absoluto de valor, las renunciaciones en blanco o sin fecha determinada o que mediante cualquier otras circunstancias pongan con anticipación en manos del Jefe del organismo la suerte del empleado.

De igual modo, el Decreto 1950 de 1973, *«Por el cual se reglamentan los decretos-leyes 2400 y 3074 de 1968 establece:»*

Artículo 111. La renuncia se produce cuando el empleado manifiesta por escrito, en forma espontánea e inequívoca, su decisión de separarse del servicio.

Artículo 112. Si la autoridad competente creyere que hay motivos notorios de conveniencia pública para no aceptar la renuncia, deberá solicitar el retiro de ella, pero si el renunciante insiste, deberá aceptarla.
La renuncia regularmente aceptada la hace irrevocable.

Artículo 113. Presentada la renuncia, su aceptación por la autoridad competente se producirá por escrito y en la providencia correspondiente deberá determinarse la fecha en que se hará efectiva, que no podrá ser posterior a treinta (30) días de su presentación.
Vencido el término señalado en el presente artículo sin que se haya decidido sobre la renuncia, el funcionario dimitente podrá separarse del cargo sin incurrir en abandono del empleo, o continuar en el desempeño del mismo, caso en el cual la renuncia no producirá efecto alguno”.

Respecto a la renuncia el Consejo de Estado, en sentencia de 26 de junio de 2020 señaló que:

¹ Ver Consejo de Estado, sentencia 16 de agosto de 2018, Rad.: 19001-23-31-000-2006-01070-01(1007-12)

² *«Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones».*

*“(…) el acto de renuncia a un cargo público debe ser resultado de una manifestación escrita e inequívoca del funcionario de cesar en el ejercicio del empleo que desempeña, **de tal suerte que dicho acto debe reflejar su voluntad indiscutible de retirarse del empleo, esto es, una expresión de la voluntad consciente y ajena a todo vicio de fuerza o engaño.**”³ /se destaca/*

2.1.2. Acerca de la renuncia protocolaria, la misma Corporación⁴, precisó:

“La renuncia protocolaria se produce por la voluntad inequívoca del funcionario de dejar en libertad al nominador para reorganizar la dependencia respectiva, designando a las personas que a su juicio sean las más idóneas para el ejercicio del cargo. Asimismo, respecto de la solicitud de la renuncia, ha dicho esta corporación, que esta conducta por parte de la administración se acostumbra a realizar como un acto de cortesía, para no hacer uso de la facultad discrecional de la que se encuentra investido el nominador, máxime cuando se halla frente a un empleado que no goza de fuero de estabilidad.

Así, en sentencia del 25 de marzo de 2010, la Subsección A de la Sección Segunda de esta corporación, consideró:

Esta situación se ha denominado jurisprudencialmente como RENUNCIA PROTOCOLARIA, con la cual se busca dejar en libertad al nominador para que tome las medidas que considere pertinentes frente al personal directivo o de confianza, sin necesidad de recurrir al retiro del servicio mediante la declaración de insubsistencia⁵.

*También se ha sostenido de tiempo atrás, que tratándose de cargos de alto nivel, de libre nombramiento y remoción, **la insinuación de la presentación de la renuncia no es ilegal, pues ello obedece, en razón de la naturaleza del cargo, a la posibilidad de la máxima autoridad de la entidad de conformar su equipo de trabajo y de permitirle al funcionario una salida ajena a cualquier connotación negativa. De igual manera, tal práctica (la solicitud de renuncia) por parte del nominador, no constituye una conducta desviada, atendiendo el rango y las atribuciones de responsabilidad y confianza que deben manejar quienes ocupan dichos cargos.**”/Destaca la Sala/*

Conforme a lo anterior, la renuncia protocolaria es una expresión de la voluntad espontánea e inequívoca del funcionario, en el sentido de dejar en libertad al nominador para proveer su cargo dentro de la dependencia respectiva, ya sea por razones políticas o administrativas.

³ Consejo de estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter. 26 de junio de 2020. Radicación número: 25000-23-42-000-2015-01382-01(5105-16)

⁴ Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección A, expediente 25000-23-25-000-2011-00056-01 (1102-2013), consejero ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas, sentencia del 19 de octubre de 2017.

⁵ Radicado interno 7716-2005, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

2.1.3. Frente a la insinuación o sugerencia de la renuncia, la Alta Corporación de lo Contencioso Administrativo⁶ se ha referido, en los siguientes términos:

Frente al segundo argumento, referido a la validez de la renuncia inducida, se encuentra que cuando el servidor público opta por retirarse del servicio mediante la modalidad en estudio, la dimisión ha de tener su origen en la libertad espontánea e inequívoca de separarse definitivamente del servicio (artículos 27 del Decreto 2400 de 1968 y 110 a 116 del Decreto 1950 de 1973).

Al examinar las condiciones y el entorno en que se produjo el retiro del servicio de la actora, se observa que el escrito de dimisión fue presentado en compañía de todos los Gerentes que hacían parte de la nómina de las Empresas Municipales de Cali, en los siguientes términos:

(...)

De la lectura del texto contentivo de la renuncia no se infiere ninguna presión ajena a la voluntad del dimitente, ni se insinúa constreñimiento o intimidación alguna por parte de la nominadora de ese entonces. Si las circunstancias específicas que acompañaron la determinación del demandante hubieran sido coaccionadas, bien pudo haberse dejado consignado ese hecho en el mismo acto de renuncia, como una manifestación clara y expresa de no ser absolutamente consentida o voluntaria, situación que es de normal ocurrencia en estos casos, y máxime si el autor de la misma es una persona profesional y por tanto de un nivel cultural óptimo que le permite en esas condiciones dejar plasmada su inconformidad con la solicitud que califica de ilegal e improcedente.

De conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, es claro que el demandante no tenía status que le ofreciera estabilidad, dado que ocupaba el cargo de Gerente de Planeación, es decir, su empleo se encontraba dentro de la categoría de libre nombramiento y remoción según los estatutos de la empresa –Acuerdo 034 del 15 de enero de 1999-, razón por la cual se presuponía un nivel de preparación y experiencia que le permitían discernir sobre la conveniencia de renunciar o abstenerse de hacerlo si estimaba que por su capacidad y experiencia debía permanecer en las Empresas Municipales de Cali, pero no lo hizo así, y optó, en su lugar, por dejar en libertad al nominador para decidir su permanencia en el cargo profiriendo un acto originado en la libre voluntad declarada de desvincularse de su cargo.”/Se destaca/

En consonancia con lo expuesto hasta el momento, el Consejo de Estado señaló que, la legalidad de la actuación administrativa se concluye de:

“(i) la manifestación de la voluntad del empleado público, expresada por escrito, de dar por terminada la relación laboral; (ii) la carencia de estabilidad laboral o fuero de inamovilidad dada

⁶ Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección A, expediente 76001-23-31-000-2001-04231-02 (1558-09), consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.

la categoría del empleado público provisional o de libre nombramiento y remoción; (iii) la calidad de empleado del nivel directivo o asesor presupone su experiencia y preparación para discernir acerca de la conveniencia de su renuncia al cargo; y (iv) la simple insinuación o solicitud de renuncia de la Administración no constituye una coacción invencible que elimine el acto voluntario porque frente a dichas propuestas puede acceder o no conforme a su entendimiento.”⁷

Por otra parte, cabe recordar que a través del Decreto Ley 407 de 20 de febrero de 1994, que estableció “El régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario”, se indicó que los empleos de libre nombramiento y remoción en esa entidad son: “*Director General (...), Secretario General, Subdirectores, Jefes de Oficina, Asesores, Directores Regionales (...), Directores y Subdirectores de Establecimientos Carcelarios (...)*”⁸

Ahora bien, de conformidad con el artículo 49 del citado Decreto Ley 407 de 1994, una de las causales de retiro de los empleados del INPEC es la “*Renuncia regularmente aceptada*”, situación administrativa regulada a su vez por el artículo 51 *ibidem*:

“RENUNCIA. La renuncia se produce cuando un empleado del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, manifiesta en forma escrita, no motivada, espontánea e inequívoca su voluntad de separarse definitivamente del servicio.

La competencia para aceptar la renuncia corresponde a la autoridad nominadora, por medio de providencia, en la que se deberá determinar la fecha del retiro. La fecha que se determina para el retiro no podrá ser posterior a treinta (30) días calendario después de presentada la renuncia; al cumplirse este plazo el empleado podrá retirarse sin incurrir en abandono del empleo. El funcionario no podrá dejar de ejercer sus funciones antes del plazo señalado, so pena de incurrir en abandono del cargo “/Se destaca/

Así las cosas, se tiene que el acto administrativo que acepta la renuncia reconoce efectos jurídicos irrevocables y además, goza de presunción de legalidad, cuanto más si el servidor del Inpec, de manera escrita, no motivada y espontánea, manifiesta inequívocamente su deseo de desvincularse de la Administración.

2.2. Hechos acreditados

El material probatorio traído al plenario da cuenta de la situación respecto de los hechos a los cuales se refiere la presente demanda, en tal virtud, se destaca:

⁷ Consejo de estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter. 26 de junio de dos mil veinte (2020). Radicación número: 25000-23-42-000-2015-01382-01(5105-16)

⁸ Artículo 10

- El señor Hernán Giraldo Trujillo fue nombrado en el cargo de Director de Establecimiento de Reclusión Código 0195 Clase I, del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Anserma, mediante Resolución No. 002697 del 28 de junio de 2011 suscrito el Director General del Inpec. (archivo digital "18PruebasINPEC")
- Según acta de posesión No. 001583 del 1 de julio de 2011, el señor Hernán Giraldo Trujillo, tomó posesión del cargo para el cual fue nombrado mediante la Resolución No. 002697 de 2011. (archivo digital "18PruebasINPEC")
- Según la Resolución No. 2153 de 2019, suscrita por la Ministra de Justicia y Derecho, fue nombrado como Director General del Inpec al Brigadier General Norberto Mujica Jaime, cargo del cual tomó posesión el 2 de diciembre de 2019. (archivo digital "18PruebasINPEC").
- De acuerdo con oficio con sello de radicación No. 20019IE00246251 del 11 de diciembre de 2011, el señor Hernán Giraldo Trujillo, quien se suscribió como abogado, presentó renuncia dirigida al Brigadier General Norberto Mujica Jaime – Director General del Inpec, en los siguientes términos:

"Me permito presentar renuncia protocolaria a mi cargo como director del Establecimiento penitenciario y Carcelario de Anserma Caldas.

Agradezco a usted señor General, la atención a la presente"

- Mediante Resolución 000033 del 7 de enero de 2020, suscrita por el Director General del Inpec, fue aceptada la renuncia presentada por el señor Giraldo, señalando:

"Artículo 1: Aceptar la renuncia presentada por el señor HERNÁN GIRALDO TRUJILLO (...) titular del empleo denominado Director de Establecimiento de Reclusión código 0195 clase I, adscrito al Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Anserma, a partir del 10 de enero de 2020.

- De acuerdo con el oficio 600-DREG-JUASP del 16 de septiembre de 2020, la Directora del Inpec – Regional Viejo Caldas Clarahibel Idrobo Morales, manifestó lo siguiente:

"(...) me permito comunicar que con ocasión del cambio de Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, se solicitó la renuncia protocolaria a la totalidad de los directores de los establecimientos que se encuentran adscritos a la Regional Viejo Caldas incluyendo a la suscrita, a fin de que el nuevo nominador de la institución conforme a sus facultades legales (...)"

- La testigo Clarahibel Idrobo Morales, en calidad de Directora del Inpec – Regional Caldas declaró que, dentro del Inpec al momento de darse el cambio del Director General, todos los directores presentaron la renuncia protocolaria, ello con ocasión de la llegada del Brigadier General Norberto Mujica Jaime. Señaló que suscribió el oficio 600-DREG-JUASP del 16 de septiembre de 2020. Afirmó que, directamente no solicitó la renuncia al señor Hernán Giraldo Trujillo. Sostuvo que no tuvo conocimiento a cerca de presiones ejercidas para que el señor Giraldo presentara la renuncia, que además, es libre de todos los directores presentar la renuncia protocolaria, quienes no presentan la renuncia no son objeto de investigaciones o sanciones por parte de la institución.

2.3. Análisis de los hechos probados a la luz del marco jurídico aplicable

Aduce el demandante que, si bien la resolución demandada, a través de la cual fue aceptada la renuncia al cargo, en apariencia fue voluntaria, ello no es verdad, toda vez que fue objeto de presiones por parte de la Regional del Eje Cafetero. Por lo anterior, adujo que existen motivos suficientes para señalar que el acto está viciado.

En primer lugar cabe anotar que, el accionante ejercía un cargo de libre nombramiento y remoción, como Director de Establecimiento de Reclusión Código 0195 Clase I, del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Anserma, nombrado mediante Resolución 002697 del 28 de junio de 2011; que por su carácter permite al nominador un mayor margen de discrecionalidad a la hora de su designación y retiro, porque la autoridad nominadora no solo debe tener en cuenta que la persona vinculada satisfaga los requisitos y calidades exigidas para el cumplimiento de las funciones propias del empleo, sino que además, debe ser depositaria de un alto grado de confianza.

Es decir que, cuando no existe ese nivel de confianza y según lo exijan las necesidades del servicio, un empleado de libre nombramiento y remoción bien puede ser removido por voluntad discrecional del nominador o se puede optar por la insinuación de la renuncia como medio protocolario para evitar la declaratoria de insubsistencia, por cuanto no goza de una estabilidad laboral reforzada.

Ahora bien, según lo refirió la testigo Clarahibel Idrobo Morales, para la época en que el demandante renunció, también lo hicieron los demás directores adscritos a la Regional Viejo Caldas de Inpec, ello dado el cambio del director general del Inpec.

Al respecto, resulta importante precisar que, en efecto, según la Resolución 2153 de 2019, suscrita por la Ministra de Justicia y Derecho, fue nombrado como Director General del Inpec al Brigadier General Norberto Mujica Jaime, cargo del cual tomó posesión el 2 de diciembre de 2019, de manera que no resulta desproporcionado ni ilegal que el nuevo dignatario procurara tener a su servicio, en los cargos de responsabilidad, a personas de su

entera confianza, práctica común y desprovista de reproche cuando hay renovación de directivos en cualquier organización, pública o privada.

En este orden de ideas, aunque en el expediente no hay prueba de que la Directora del Inpec – Regional Viejo Caldas u otro funcionario hubiese hecho alguna insinuación para lograr la dimisión del actor, como este lo manifiesta en su demanda, ello no pudo haber implicado una coacción invencible que eliminara su acto voluntario, cuanto más, si su grado de preparación -abogado- le permitía analizar la conveniencia o no de pedir su retiro o dejarlo en manos del nominador.

Asimismo, en consideración a su calidad como profesional del derecho y su preparación académica, tenía la clara conciencia de los efectos jurídicos que conllevaría su renuncia, lo que le exigía el discernimiento acerca de la conveniencia o no de su dimisión.

Así las cosas, la Sala considera que frente a estos cargos la solicitud de la renuncia es válida y la insinuación de la misma es un mecanismo más bien protocolario encaminado a evitar la insubsistencia, teniendo en cuenta, además que el actor accedió al servicio mediante nombramiento en cargo de *“libre nombramiento y remoción”* y que no le asiste el fuero de inamovilidad propio de quienes ingresan al servicio mediante concurso de méritos.

Además, como bien fue señalado en acápites precedentes, la simple insinuación o solicitud de renuncia por sí misma no constituye una coacción invencible que elimine el acto voluntario, porque frente a dichas propuestas, el empleado puede desechar la oferta, insinuación o solicitud sin que ello le acarree consecuencias desfavorables.

En el caso presente frente a la solicitud del nominador, como ya se dijo, bien pudo el demandante optar de forma diferente y no lo hizo. No resulta válido, entonces, desconocer posteriormente el contenido de su voluntad expresada sin coacción, para deshacer una situación jurídica que con la aceptación se hizo irrevocable.

Por último, se precisa que aunque si bien el que el accionante haya expuesto los presuntos motivos de su renuncia con posterioridad, en principio, no desvirtúa su ocurrencia, en todo caso, como se explicó en líneas anteriores, si era su interés, debió plantearlos con la solicitud primigenia, en la que por demás no hizo ningún reparo, y no esperar a que la Administración la aceptara, cuanto más si el conoce, en atención a su experiencia en el sector público y su profesión, las implicaciones de tales actos, pues *“No resulta válido (...) desconocer posteriormente el contenido de su voluntad expresada sin coacción, para deshacer una situación jurídica que con la aceptación se hizo irrevocable”*⁹.

2.4. Conclusión

⁹ Sentencia de 14 de junio de 2007, expediente 6681-05 (C. P. Ana Margarita Olaya Forero).

Así las cosas, es claro para este Sala que, no fue desvirtuada la presunción de legalidad de la Resolución 000033 17 de enero de 2020, suscrita por el Director General del Inpec, a través de la cual, fue aceptada la renuncia presentada por el señor Giraldo al cargo de Director de Establecimiento de Reclusión Código 0195 Clase I, del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Anserma, toda vez que:

i) La renuncia fue presentada por escrito, sin señalarse motivos diferentes a que era la manifestación de su voluntad, de dar por terminada la relación laboral; (ii) De acuerdo con el artículo 10 del Decreto Ley 407 de 20 de febrero de 1994, el cargo que ostentaba el señor Giraldo, carencia de estabilidad laboral o fuero de inamovilidad dada la categoría del empleado público de libre nombramiento y remoción; (iii) la calidad de empleado del nivel presupone su experiencia y preparación para discernir acerca de la conveniencia de su renuncia al cargo; y (iv) no fue demostrada coacción o presión alguna, a la postre de que, la simple insinuación o solicitud de renuncia de la Administración no constituye una coacción invencible que elimine el acto voluntario porque frente a dichas propuestas puede acceder o no conforme a su entendimiento.

Por consiguiente, se declararán probadas las excepciones propuestas por el Inpec, denominadas: *“Inexistencia del derecho reclamado por parte del demandante en contra del INPEC”*; *“Existencia de razones del buen servicio”*; *“Inexistencia de Desviación de Poder”* y *“Presunción de legalidad de la Resolución No. 000033 fechada 07 de enero de 2020”*, y en consecuencia se negarán las pretensiones de la parte demandante.

3. Condena en costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA¹⁰, inciso segundo, no se condenará en costas a la parte demandante, toda vez que el Tribunal no halla manifiesta carencia de fundamento legal para las pretensiones incoadas.

Por lo expuesto, la Sala Tercera de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla

Primero: Declarar probadas las excepciones propuestas por el Inpec, denominadas: *“Inexistencia del derecho reclamado por parte del demandante en contra del INPEC”*; *“Existencia de razones del buen servicio”*; *“Inexistencia de Desviación de Poder”* y *“Presunción de legalidad de la Resolución No. 000033 fechada 07 de enero de 2020”*.

¹⁰ Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021

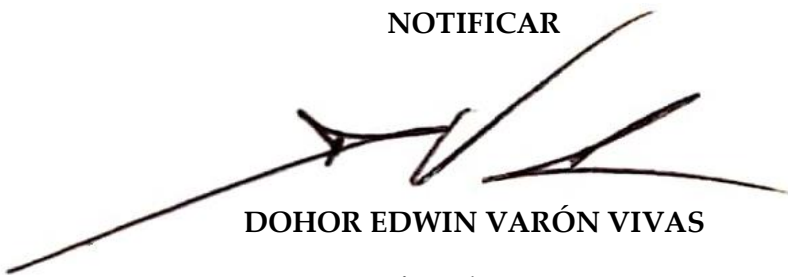
Segundo: Negar las pretensiones dentro del proceso que en ejercicio del medio de control presentó el señor Hernán Giraldo Trujillo contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC.

Tercero: Sin costas en esta instancia.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, **liquidar** los gastos del proceso, **devolver** los remanentes si los hubiere, y **archivar** el proceso, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

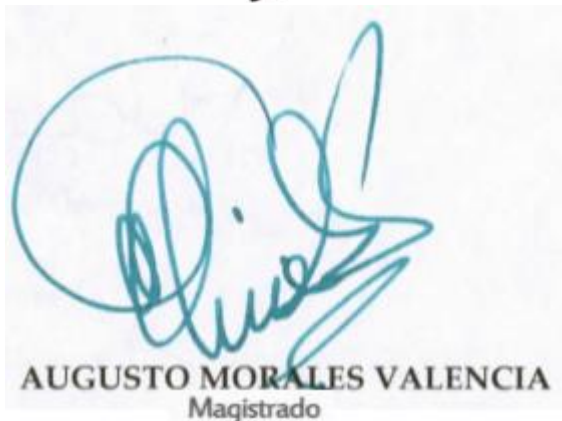
Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 56 de 2021.

NOTIFICAR

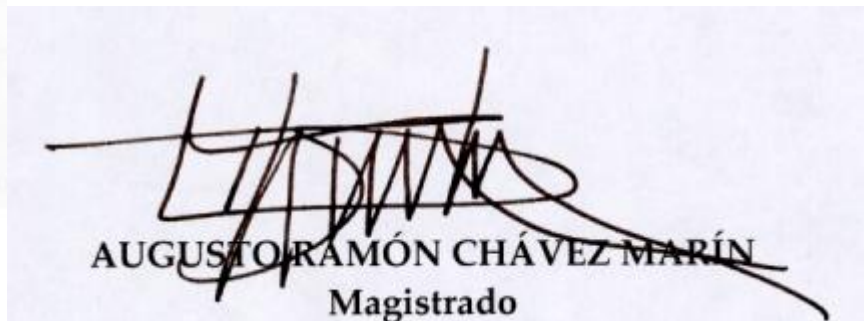


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, veintiocho (28) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

RADICADO	17-001-33-33-39-005-2020-00205-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	MARISOL CASTAÑO GÓMEZ
DEMANDADO	NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
ASUNTO	IMPEDIMENTO JUECES

Procede la Sala a decidir sobre el impedimento manifestado por el Juez Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, para conocer de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó **MARISOL CASTAÑO GÓMEZ** contra la **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**; circunstancia que considera, involucra a sus homólogos de la misma jurisdicción en Caldas.

ANTECEDENTES

Mediante demanda presentada el 15/09/2020 la parte demandante solicita se declare la nulidad del acto administrativo complejo conformado por 1) el Oficio No. GSA-31100-20480-1020 de octubre 03 de 2019 expedida por la Subdirección Regional de Apoyo Eje Cafetero en cuyo asunto se lee “Respuesta Derecho de Petición de Interés Particular – Reclamación Administrativa – Solicitud de Pruebas”, y 2) la Resolución 22900 expedida el 20 de diciembre de 2019 por Nelvi Yolanda Arenas Herreño, Subdirectora de Talento Humano mediante el cual se niega el reconocimiento y pago de la bonificación judicial señalada en el Decreto 382 del 6 de enero de 2013 como factor salarial y prestacional desde el momento de su creación.

EL IMPEDIMENTO

El 22 de septiembre de 2020, el Juez Quinto Administrativo del Circuito de Manizales declara su impedimento para conocer del presente asunto, al considerar que está incurso en la causal de impedimento consagrada en el numeral 1 del artículo 141 del Código General del Proceso, comoquiera que tendría interés directo en las resultas del proceso, toda vez que en su calidad

de Juez de la República percibe mensualmente la bonificación judicial creada para los servidores de la Rama Judicial bajo las mismas condiciones que para los servidores de la Fiscalía General de la Nación y recibe las mismas prestaciones salariales cuya reliquidación fue solicitada por la parte demandante.

Es por lo anterior que se ordena la remisión del expediente al Tribunal Administrativo de Caldas, a efectos de que se resuelva lo pertinente.

CONSIDERACIONES

Los impedimentos tienen como fundamento la integridad moral del funcionario que los declara, quien en razón de la existencia de ciertas situaciones puede sentirse condicionado, bien en su fuero interno o en sus circunstancias externas. Sobre el particular, el H. Consejo de Estado ha expresado que:

“...El impedimento o la recusación establecidos por la ley como formas excluyentes al ejercicio de la función pública de administrar justicia que un juez tiene en un asunto determinado, constituye una excepción al normal desarrollo de esa actividad que le es propia por asignación legal; y como tal, dichas causales tienen carácter restringido, no pueden crearse por las partes o el juez, ni aplicarse por vía analógica...”¹.

De otro lado, y conforme a lo preceptuado en el inciso 1º del artículo 130 de la Ley 1437/11, las causales de impedimento señaladas en el artículo 141 del Código General del Proceso, son aplicables a los Jueces y Magistrados. En este orden de ideas se tiene que el numeral 1 del Artículo 141 del Código general del Proceso señala:

“Artículo 141. ...

...

1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso.

...

Con respecto a la causal en mención, puede decirse con certeza que, el interés debe ser concreto derivado de la actuación con respecto a la cual el operador judicial declara su

¹ Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta, febrero 19 de 1993. Auto resuelve solicitud de impedimento en relación con el proceso nro. 0957. Consejero Ponente: Dr. Miguel Viana Patiño.

impedimento, además que afecte la propia esfera subjetiva del impedido o de sus parientes, descartando de ello el interés académico que se pueda tener sobre el asunto.

Estudiado el expediente conjuntamente con la causal alegada, la Sala encuentra fundado el impedimento manifestado, por cuanto el régimen de los Jueces establece una bonificación de igual naturaleza jurídica a la devengada por los empleados de la Fiscalía General de la Nación, y en consecuencia, les asiste un interés indirecto en las resultas del proceso.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 de la Ley 1437/11 y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997² del Consejo Superior de la Judicatura, **FÍJASE** como fecha y hora para la elección pública del conjuce que deba actuar en el presente trámite, el día **VIERNES DOCE (12) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL VEINTIUNO (2021) A LAS NUEVE Y MEDIA (9:30) DE LA MAÑANA**, diligencia que será dirigida por el Magistrado Ponente, de manera virtual, conforme la autorización de la Sala Plena del Tribunal Administrativo.

Para el efecto, por la Secretaría **CONVÓCASE** a la parte demandante y a los conjuces que integran la lista.

Por lo discurredo, el Tribunal Administrativo de Caldas SALA DE DECISIÓN,

RESUELVE

PRIMERO: ACÉPTASE la declaración de IMPEDIMENTO manifestada por el Juez Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, el que igualmente cobija a los demás jueces administrativos del circuito de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho impetrada por **MARISOL CASTAÑO GÓMEZ** contra la **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

SEGUNDO: FÍJASE como fecha y hora para el sorteo de conjuce que deba actuar en el presente trámite, el día **VIERNES DOCE (12) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL VEINTIUNO (2021) A LAS NUEVE Y MEDIA (9:30) DE LA MAÑANA** de manera virtual.

TERCERO: COMUNÍQUESE el presente auto a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales, para los fines pertinentes.

² “Por el cual se establecen las reglas generales para el funcionamiento de los tribunales administrativos.”, modificado por el Acuerdo No. PSAA12-9482 de 30 de mayo de 2012.

NOTIFÍQUESE

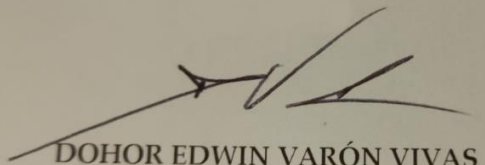
Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión Virtual celebrada el 28 de octubre de 2021 conforme Acta nro. 060 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico No. 197 del 02 de noviembre de 2021.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA PRIMERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, veintiocho (28) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

RADICADO	17001-23-33-000-2015-00268-00
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	HERNÁN FRANCO ESCOBAR
ACCIONADO	LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP; LA SOCIEDAD DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A – FIDUAGRARIA Y LA SOCIEDAD FIDUCIARIA POPULAR S.A FIDUCIAR S.A (INTEGRANTES DEL CONSORCIO DE REMANENTES TELECOM)

Procede la Sala Primera de Decisión de Tribunal Administrativo de Caldas, a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

1. Declarar la nulidad del oficio SP-AP-426 y/o 5539 del 10 de abril de 2013, emitido por la Caja de Previsión Social de Comunicaciones – Caprecom, por medio del cual se negó la reliquidación de la pensión con inclusión de todos los factores salariales devengados por el demandante durante el último año en que prestó sus servicios a Telecom, hoy Consorcio de Remanentes de Telecom y/o Patrimonio Autónomo de Remanentes PAR- Telecom.

2. Declarar la nulidad del oficio PARDS-42790-12 del 20 de noviembre de 2012, emitido por el Consorcio Remanentes de Telecom y/o Patrimonio Autónomo de Remanentes PAR- Telecom, por medio del cual se negó el derecho a la reliquidación de la pensión con inclusión de todos los factores salariales devengados por el actor en el último año de servicios.

3. Como restablecimiento del derecho pidió se ordene al Consorcio Remanentes de Telecom y/o Patrimonio Autónomo de Remanentes PAR- Telecom, y/o a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones – Caprecom, o a la entidad que corresponda,

4. Que se ordene además a las entidades demandadas cancelar las actualizaciones dinerarias consecuentes con la variación del índice de precios al consumidor, acontecidas entre el 17 de junio de 2008 a la fecha en que se liquide su pensión.
5. Que se reconozcan intereses comerciales moratorios a que haya lugar (artículo 195 CPACA), y en los términos del artículo 193 *ibídem*.
6. Se condene en costas a las demandadas, o a la entidad que corresponda.

HECHOS

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones:

- El señor Hernán Franco Escobar prestó sus servicios en la liquidada Empresa Nacional de Telecomunicaciones – Telecom, hoy Consorcio Patrimonio Autónomo de Remanentes Telecom – PAR Telecom, entre el 11 de febrero de 1974 al 20 de febrero de 1995.
- El demandante nació el 17 de junio de 1953, y en consecuencia cumplió el requisito de la edad para adquirir la pensión, establecido en la Ley 33 de 1985, el 17 de junio de 2008.
- Que acreditó la exigencia de tiempo de servicio para pensión establecido en la Ley 33 de 1985 en vigencia de la Ley 100 de 1993, lo que significa que el demandante es beneficiario del régimen de transición de esta norma, y por ello se le aplica íntegramente la primera disposición mencionada en cuanto a edad, tiempo de servicios e ingreso base de liquidación.
- Que al demandante mediante Resolución nro. 1485 del 15 de julio de 2008 se le reconoció su pensión de jubilación en los términos de la Ley 33 de 1985, a partir del 17 de junio de 2008.
- Que al momento de liquidarle la prestación periódica no se incluyeron en el IBL todos los factores salariales percibidos en el último año de prestación de servicios en Telecom, correspondiente al periodo del 22 de febrero de 1994 al 21 de febrero de 1995, pues únicamente se tuvieron en cuenta los factores salariales enlistados en el Decreto 1158 de 1994.
- Que mediante escrito del 30 de octubre de 2012 el actor solicitó la reliquidación de la pensión, el cual fue resuelto por Caprecom mediante oficio SP-AP-426 y/o 5539 del 10 de abril de 2013 de manera negativa.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Como normas trasgredidas señaló los artículos 13 y 53 de la Constitución Política; el Decreto 2200 de 1987; la Ley 33 de 1985; el Decreto 2201 de 1987; el Decreto 2123 de 1992; el Decreto 666 del 5 de abril de 1993 y el Decreto 1615 de 2003.

Como fundamento del concepto de la violación esgrimió que la Constitución Política estableció la igualdad entre los individuos, principio que no se respetó en el presente asunto, toda vez que, pese a que el señor Franco Escobar se desempeñó como funcionario público en la hoy liquidada empresa de telecomunicaciones - Telecom, su pensión no fue reconocida en iguales términos a sus compañeros de trabajo, puesto que a estos sí les tuvieron en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Consideró que por haberse desempeñado como empleado público le asiste derecho a que se le aplique lo consagrado en la Ley 33 de 1985, por cuanto cumplió los requisitos para quedar amparado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y para el efecto transcribió apartes jurisprudenciales del Consejo de Estado referentes al reconocimiento pensional de personas que se encuentran cubiertas por la transición de la Ley 100 de 1993, especialmente la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, radicado 25000-23-25-000-2006-07509-01, en la cual se determinó la procedencia de incluir en el IBL todos los factores salariales percibidos en el último año de prestación de servicios.

Finalmente, expuso que el cambio de régimen de la liquidada Telecom en nada afectó su derecho al reconocimiento pensional en su calidad de empleado público.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

SOCIEDAD DE DESARROLLO AGREOPECUARIO SA FIDUAGRARIA Y SOCIEDAD FIDUCIARIA POPULAR S.A FIDUCIAR SA (integrantes del consorcio de remanentes Telecom): se pronunciaron sobre los hechos de la demanda, y seguidamente se opusieron a la prosperidad de las pretensiones.

Propusieron como excepción previa la de “falta de jurisdicción y competencia”, la cual fundamentaron en que el demandante ostentaba la calidad de empleado público hasta el momento en que Telecom se transformó en Empresa Industrial y Comercial del Estado, pues ahí pasó a ser trabajador oficial, y en consecuencia no es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la competente para desatar el asunto sino la Jurisdicción Ordinaria.

- **Prescripción:** sin que se entienda como una aceptación de las pretensiones de la demanda, propusieron esta excepción sobre cualquier derecho que se reconozca, de conformidad con lo previsto en las normas legales.

- **Imposibilidad de cancelar intereses de mora por solicitud de reajuste pensional:** sin que se reconozca que el actor tiene derecho a la reliquidación pensional peticionada, consideró que no lo es dable reclamar intereses de mora por el reajuste pensional.

- **Buena fe:** el Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom – PAR ha actuado de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud del contrato de fiducia mercantil; de igual forma la entidad no fue quien liquidó la pensión reconocida a favor del actor.

- **Cobro de lo no debido:** la extinta Caprecom liquidó la pensión del demandante conforme lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

- **Inexistencia de la convención colectiva como prueba para determinar los factores extralegales para reliquidar la pensión:** afirmó que dentro de las pruebas aportadas no aparece la convención colectiva que pretende hacer valer para reclamar la reliquidación de la pensión con factores extralegales.

- **Terminación del contrato de trabajo y pérdida de beneficios de la convención colectiva:** el actor suscribió acta de terminación laboral a partir del 1º de marzo de 1995 ante el Ministerio de Trabajo, motivo por el cual no está amparado por la convención colectiva de trabajo.

- **Inexistencia del derecho adquirido:** sostuvo que al momento de retiro el demandante solo tenía expectativas de adquirir su pensión, por lo que no puede hablarse de derechos adquiridos.

UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP: luego de pronunciarse sobre los hechos de la demanda, se opuso a todas y cada una de las pretensiones.

Propuso como excepciones previas:

- **Falta de agotamiento de la reclamación administrativa:** señala que el accionante en momento alguno presentó reclamación frente a la UGPP, de tal suerte que la actuación administrativa no fue debidamente agotada antes de demandar, y, por lo tanto, no se

- **Falta de jurisdicción:** el actor tenía la calidad de trabajador oficial, por lo que el conocimiento del presente asunto es competencia de la jurisdicción ordinaria laboral.

Propuso como excepciones de mérito:

- **Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido:** al encontrarse el accionante cobijado por lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, le es aplicable el régimen de la Ley 33 de 1985 en cuanto al tiempo de servicio y monto, pero la liquidación se debe efectuar con los factores contemplados en el Decreto 1158 de 1994. En consecuencia, no puede la entidad reconocer la pensión del demandante sobre factores que no están consagrados en la normativa que le era aplicable y sobre los cuales no realizó aportes.

Referenció además jurisprudencia que se ha emitido en relación con las personas cubiertas por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, para indicar que la entidad definió como línea jurídica a aplicar en las reclamaciones que se presenten por reliquidación de todos los regímenes pensionales que componen el régimen de transición, que estas se resolverán de acuerdo a lo desarrollado en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, con respeto de la edad, el tiempo y monto del régimen anterior, pero que se liquidará la mesada con los últimos 10 años de servicios o el tiempo que le hiciera falta para adquirir el derecho, y con inclusión de los factores sobre los que hubiere cotizado.

- **Prescripción:** sin que implique aceptación de las pretensiones de la demanda, adujo que se debe declarar la prescripción prevista para las acciones laborales y prestaciones periódicas contempladas en el Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, y en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del C.P del T.

- **Genérica:** solicitó se declare oficiosamente todo hecho a su favor que se constituya en excepción frente a las pretensiones de la accionante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante: adujo que es de público conocimiento que la postura del Consejo de Estado en relación con la sentencia del 4 de agosto de 2010 varió con el fallo de unificación del 28 de agosto de 2018, pero destacó que en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral el juez de conocimiento adquiere una competencia global del proceso, y de esta manera puede revisar todos los factores salariales sobre los cuales se hicieron cotizaciones y en tal medida obtener una liquidación efectiva de la mesada dentro del lapso comprendido por los 10 años anteriores al retiro.

cuenta al momento de emitir la sentencia, ya que existen descuentos para pensión sobre los factores de tiempo suplementario, dominicales, feriado, prima de saturación, prima semestral, prima anual, prima de navidad y prima de vacaciones.

Parte demandada

UGPP: ratificó lo expuesto en la contestación de la demanda, y señaló además que no le asiste a la parte actora derecho a que se reliquide su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, en atención a las sentencias de unificación de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Fiduagraria S.A y Fiduciar S.A (Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom): los alegatos se tienen por no presentados, ya que la abogada que suscribió el memorial no tenía poder para actuar en este proceso.

Ministerio Público: guardó silencio.

CONSIDERACIONES

Como no se observa ninguna irregularidad que dé lugar a declarar la nulidad de lo actuado, se procederá a fallar de fondo la litis.

La Sociedad de Desarrollo Agropecuario S.A Fidagraria y la Sociedad Fiduciaria Popular S.A Fiduciar S.A propusieron las excepciones que denominaron "falta de jurisdicción y competencia"; "prescripción"; "imposibilidad de cancelar intereses de mora por solicitud de reajuste pensional"; "buena fe"; "cobro de lo no debido"; "inexistencia de la convención colectiva como prueba para determinar los factores extralegales para reliquidar la pensión"; "terminación del contrato de trabajo y pérdida de beneficios de la convención colectiva" e "inexistencia del derecho adquirido".

Por su parte la UGPP propuso las de denominó "falta de agotamiento de la reclamación administrativa"; "falta de jurisdicción"; "inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido"; "prescripción" y "genérica".

Los medios exceptivos de "falta de jurisdicción y competencia" y "falta de agotamiento de la reclamación administrativa" ya fueron resueltos, y se declararon no probados.

Las demás excepciones, por tocar el fondo del asunto, quedarán subsumidas en el estudio que de este se realice.

Problemas jurídicos

1. ¿A raíz de las sentencias proferidas sobre la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cómo se determina el IBL para liquidar la pensión de las personas beneficiarias del régimen de transición establecido en la norma mencionada?
2. ¿Tiene derecho el señor Hernán Franco Escobar a que se reliquide su pensión vitalicia de jubilación con base en el 75% del promedio de la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicios?
3. ¿Se configuró el fenómeno de la prescripción sobre mesadas pensionales?

Lo probado en el proceso

- En el acto administrativo de reconocimiento de la prestación periódica se consignó que el señor Franco Escobar nació el 17 de junio de 1953 (fol. 27 C.1).
- Mediante Resolución nro. 1485 del 15 de julio de 2008, la extinta Caprecom reconoció a favor del señor Franco Escobar una pensión de jubilación efectiva a partir del 17 de junio de 2008.

Se explicó en la parte motiva del acto administrativo, que para reconocerle la prestación se le aplicó el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que se le tuvo en cuenta la edad de 55 años y 20 años de servicios de conformidad con la Ley 33 de 1985. Y en relación con el monto de la pensión se le aplicó una tasa de reemplazo del 75% al promedio de lo devengado o cotizado entre el año 1985 y 1995, de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (fols. 27 a 30 C.1).

- El accionante prestó sus servicios en Telecom entre el 11 de febrero de 1974 al 20 de febrero de 1995 (fol. 88 C.1).
- Mediante petición del 23 de octubre de 2012 se solicitó la reliquidación de la pensión del actor con la inclusión de los factores salariales devengados en el último año de servicios (fols. 31 a 74 C.1)
- Con oficio nro. SP-AP-426 del 10 de abril de 2013, expedido por la liquidada Caprecom, y nro. PARDS-42790-12 del 20 de noviembre de 2012, expedido por PAR Telecom, se negó la reliquidación pensional (fols. 80 a 87 C.1).
- Conforme al certificado de pagos aportados con la demanda y expedidos por PAR

asignación básica, prima anual, prima semestral, prima de navidad, prima de vacaciones, auxilio almuerzo y prima de antigüedad (fol. 93 a 97).

- Reposa además a folio 611 otra certificación expedida por PAR Telecom, en la cual se indica que al demandante se le realizaron en los años 1990, 1991, 1992, 1993, 1994 y 1995 descuentos del 05% con destino a Caprecom.

Primer problema jurídico

¿A raíz de las sentencias proferidas sobre la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cómo se determina el IBL para liquidar la pensión de las personas beneficiarias del régimen de transición establecido en la norma mencionada?

Tesis: El IBL que se tiene en cuenta para liquidar la pensión de las personas beneficiarias de la transición de la Ley 100 de 1993 se determina conforme lo señala el artículo 21 y el inciso 3 del artículo 36 de la ley en comento, según el caso, y con inclusión de los factores salariales sobre los que se hicieron aportes al sistema.

Antecedentes histórico jurisprudenciales

Respecto al ingreso base de liquidación que se debe tener en cuenta para liquidar la pensión de las personas beneficiarias del régimen de transición, se presentó en el pasado una controversia entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

I. El Consejo de Estado con algunas variables expuso desde la expedición de la Ley 100 de 1993 lo que finalmente determinó en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 (número interno 0112-09), que las personas que reunían los requisitos de transición de esta ley tenían el beneficio de que para su pensión la edad, tiempo de semanas cotizadas y el monto de la misma se determinarían conforme a la ley anterior, esto es, las Leyes 33 y 62 de 1985.

Que el término monto incluía no solo la tasa de remplazo sino además la base sobre la cual se aplicaba esta, y que los factores salariales a tener en cuenta no eran únicamente los expresamente señalados en la ley si no todos los que fueron devengados en el último año de servicios y que hayan sido recibidos de manera habitual y periódica como contraprestación, ya sea que sobre ellos se hubiere cotizado o no, pues en este último caso se reconocían estos factores pero se autorizaba a las cajas correspondientes para que del mayor valor determinado se descontara lo correspondiente.

II. Mediante sentencia C-258 de 2013¹ la Corte Constitucional frente a cómo se determinaría el IBL para los beneficiarios de transición señaló:

4.3.6.3. Sobre el Ingreso Base de Liquidación

Para el efecto, la Corte acudirá a la regla general de Ingreso Base de Liquidación prevista en los artículos 21 y 36 de la Ley 100. En efecto, el artículo 36 estableció dos reglas específicas en la materia: (i) para quienes el 1° de abril de 1994, les faltara menos de 10 años para pensionarse, el IBL sería (a) “el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta” para reunir los requisitos para causar el derecho a la pensión, o (b) el promedio de lo “cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE”. (ii) En los demás casos, es decir, en la hipótesis de las personas a quienes el 1° de abril de 1994 les faltaban más de 10 años para reunir los requisitos de causación de la pensión, a falta de regla especial en el artículo 36 y teniendo en cuenta que el inciso segundo ibídem solamente ordena la aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes especiales sobre edad, tiempo de cotización o servicios prestados, y tasa de reemplazo, se les debe aplicar la regla general del artículo 21 de la Ley 100 (...).

Como consecuencia de esta sentencia, para la pensión de los Congresistas, el IBL se determinaría conforme lo señala el artículo 21 y el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, según el caso.

III. Posteriormente, la Corte Constitucional en sentencia SU-230 de 2015 extendió lo manifestado en la sentencia C-258 de 2013 a los beneficiarios del régimen de transición, y reiteró las consideraciones allí expuestas relacionadas con el ingreso base de liquidación. Así mismo, interpretó lo que debe entenderse por la expresión “monto” que determinó el artículo 36 de la Ley 100, y señaló que se refiere únicamente a la tasa de reemplazo y que no incluye el IBL, el cual se deberá determinar conforme lo señala esa disposición, refiriéndose al artículo 21 y al inciso 3 del artículo 36 de esa ley.

IV. Frente a la anterior posición el Consejo de Estado se mantuvo en su tesis inicial, y así se señaló en la sentencia de unificación de la Sección Segunda de fecha 25 de febrero de 2016, radicación 25000-23-42-000-2013-01541-01, en la cual planteó argumentos jurídicos con los cuales debatió los postulados expuestos por la Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013 y SU- 230 de 2015.

V. La Corte Constitucional, entre otras, con las sentencias sentencia SU-427 de 2016 y la SU-395 del 22 de junio de 2017 mantuvo su posición, y exigió que esta interpretación debía ser tenida como precedente obligatorio.

VI. Finalmente, el Consejo de Estado en sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de fecha agosto 28 de 2018, expediente 2001-23-33-000-2012-00143-01, unificó el tema con el siguiente tenor:

Fijación de la Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición

92. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial:

“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”.

93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes subreglas:

94. La primera subregla es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*
- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.*

(...)

96. La segunda subregla es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

97. Esta subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

98. El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como “un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”. El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como “[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las

99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones "salario" y "factor salarial", bajo el entendido que "constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios" con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.

De la anterior sentencia de unificación se puede extractar:

- Que el régimen de transición contemplado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 cobija únicamente la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión estipulado en la ley anterior.

- Que la expresión "monto de la pensión" hace referencia únicamente al porcentaje o tasa de remplazo aplicable al IBL, y, por tanto, a las personas cobijadas por el régimen de transición se les debe liquidar su pensión con el IBL en la forma señalada en el artículo 21 y/o inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

-Que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión solamente los factores salariales sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas.

El Tribunal Administrativo de Caldas acoge los precedentes tanto de la Corte Constitucional, como el ahora expuesto en la sentencia de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado de fecha 28 de agosto de 2018, que incluso sobre los efectos de este fallo dispuso lo siguiente:

Efectos de la presente decisión

113. El artículo 237, ordinal 1, de la Constitución Política consagra como una de las atribuciones del Consejo de Estado el desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo. En este sentido, la jurisprudencia que profiere este órgano de cierre es vinculante para resolver los conflictos cuya competencia está atribuida a esta jurisdicción, por la Constitución y la Ley.

114. La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura - autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política³⁶. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio.

115. La Sala Plena de esta Corporación, por regla general, ha dado aplicación al precedente en forma retrospectiva, método al que se acudirá en esta sentencia, disponiendo que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

116. Para la Sala, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

117. No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta

que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer un recurso extraordinario de revisión contra una sentencia que haya reconocido una pensión bajo esa tesis, será el juez, en cada caso, el que defina la prosperidad o no de la causal invocada.

118. Como uno de los efectos de esta decisión comprende los procesos administrativos en curso, la Sala solicita de manera imperiosa a las entidades administradoras de pensiones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida que, al momento de efectuar el reconocimiento de la pensión, expliquen precisa, completa y detalladamente cada uno de los factores y/o valores numéricos tenidos en cuenta en la liquidación, de forma que sea comprensible al usuario y garantice un debido proceso administrativo (subrayado Sala de Decisión).

Así las cosas, a las personas beneficiarias del régimen de transición se les aplican las normas anteriores en relación con los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, entendido este como la tasa de reemplazo que se aplica al ingreso base de liquidación; pero el IBL estará determinado por las normas de la Ley 100 de 1993 dependiendo de las particularidades del caso, y con inclusión de los factores salariales sobre los que haya cotizado.

Segundo problema jurídico

¿Tiene derecho el señor Hernán Franco Escobar a que se reliquide su pensión vitalicia de jubilación con base en el 75% del promedio de la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicios?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que el accionante no tiene derecho a que el IBL de la pensión esté conformado por los factores salariales percibidos en el último año de prestación de servicios, ya que el ingreso base de liquidación debe calcularse según los postulados de la Ley 100 de 1993, y con los factores salariales sobre los que haya realizado cotizaciones, sin que se haya acreditado dentro del proceso que algún factor sobre el que aportó no fue incluido en el ingreso base de liquidación.

Conforme a la posición actual de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, que como se indicó será la que acoge esta Corporación, se entiende entonces que en aplicación de esta para los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 deben respetarse las condiciones de edad, tiempo de servicio y monto (tasa de reemplazo) de la pensión que consagraba el régimen pensional anterior, en este caso, la Ley 33 de 1985.

le faltare al interesado a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para adquirir el derecho a la prestación.

Así pues, si al 1º de abril de 1994 (empleados nacionales) o al 30 de junio de 1995 (empleados territoriales), a la persona beneficiaria del régimen de transición le faltaren menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, la liquidación será el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta para acceder a la prestación, o el cotizado durante todo el tiempo si fuere superior. Lo anterior, con la correspondiente actualización con base en la variación del IPC.

En este caso, se comprueba que el demandante al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, por el requisito de edad, le faltaban más de 10 años para adquirir su derecho a la pensión, lo que indica que era ese interregno el que se debía tener en cuenta para liquidar la pensión, tal como se hizo en el acto administrativo de reconocimiento, al calcularle el IBL con el promedio de lo percibido en los 10 últimos años de servicios.

Ahora, sobre los factores que se deben tener en cuenta, según lo dispuesto por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en sus sentencias de unificación sobre la materia, los únicos que pueden incluirse para determinar el IBL son aquellos devengados por el accionante durante el tiempo de liquidación referido y que sirvieron de base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, conforme al Decreto 1158 de 1994, estos son: asignación básica mensual; gastos de representación; prima técnica, cuando sea factor de salario; primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario; remuneración por trabajo dominical o festivo; remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna, y bonificación por servicios prestados.

En este caso se solicitó que su pensión fuera reliquidada con la inclusión de todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios, lo cual no es procedente de conformidad con lo discurrido, por cuanto a las personas beneficiarias del régimen de transición, como es su caso, se les debe calcular el IBL con base en la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de lo percibido en los 10 últimos años de servicios o el tiempo que faltare para adquirir el derecho, y con inclusión de los factores del Decreto 1158 de 1994 o sobre lo que haya cotizado.

Pese a que la anterior fue la pretensión planteada en la demanda, en el trámite del proceso, a raíz del cambio de postura jurisprudencial por parte del Consejo de Estado, pidió la parte actora analizar si había lugar a reliquidar la prestación con la totalidad de factores sobre los que el actor cotizó durante los últimos 10 años anteriores al retiro.

Sobre este tema, debe indicarse que en la resolución de reconocimiento de la prestación no se indicaron los factores salariales que se tuvieron en cuenta al momento de liquidar la pensión, pues allí se establecieron sumas globales por años, por lo que es difícil establecer cuáles fueron los rubros que en esas cantidades de dinero quedaron incorporados, más cuando la parte demandante no manifestó con claridad cuáles fueron los factores salariales sobre los que cotizó y que no se tuvieron en cuenta en el IBL de la pensión.

Aunque en el proceso existe reporte de factores salariales de los años 1985 a 1995 en los cuales se establece que hay unos legales y otros extralegales, no hay prueba que permite comprobar que sobre los extralegales, especialmente, ya que los legales se fundamentan en el Decreto 1158 de 1994, se realizaron cotizaciones, y que por ello hay lugar a una reliquidación de la pensión.

Y pese a que se mencionan unas cotizaciones del 05% que se efectuaron sobre el salario del demandante en los años 1990, 1991, 1992, 1993, 1994 y 1995 con destino a Caprecom, que según el dicho de la parte actora deben tenerse en cuenta para reajustar la pensión, advierte la Sala que aunque es cierto que se realizó este descuento, no se tiene certeza sobre la finalidad del mismo; y tampoco reposa una prueba que permita arribar a la conclusión de que esta deducción se aplicaba a todos los factores salariales extralegales que percibía el demandante, o específicamente a cuáles de estos, para así poder avalar su inclusión en el IBL.

Así las cosas, en virtud de la nueva postura acogida por este Tribunal en virtud de las sentencias de unificación del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, al actor no le asiste derecho a que se le reliquide su pensión teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, sino únicamente aquellos señalados en el Decreto 1158 de 1994 o sobre los cuales se hizo aportes al sistema pensional, sin que haya demostrado que algún factor sobre el que realizó cotizaciones no fue tenido en cuenta en el IBL de la pensión.

Por sustracción de materia no se estudiará el tercer problema jurídico.

Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada, y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, en un cambio de postura que acoge las sentencias de unificación de las Altas Cortes, especialmente la del Consejo de Estado, estima esta Sala de Decisión que a la parte actora no le asiste derecho de acceder a la reliquidación pensional que reclama, en tanto el IBL de las pensiones sujetas a régimen de transición

solicitó la parte actora, esto es, con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Sumado a ello, tampoco se acreditó dentro del proceso que el demandante haya cotizado sobre algún factor salarial legal o extralegal, y que el mismo no haya sido incluido en el IBL de la pensión.

Por ello, se declarará probada la excepción de “inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido”, planteada por la UGPP, y en consecuencia se negarán las pretensiones de la demanda.

Costas

En el presente asunto no se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, que es la demandante, en atención a que sus reclamaciones en sede judicial se realizaron con fundamento en la tesis que para el momento planteaba el Consejo de Estado en relación con el régimen de transición.

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de “inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido” planteada por la UGPP, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovió **HERNÁN FRANCO ESCOBAR** contra **LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP; LA SOCIEDAD DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A – FIDUAGRARIA Y LA SOCIEDAD FIDUCIARIA POPULAR S.A FIDUCIAR S.A (INTEGRANTES DEL CONSORCIO DE REMANENTES TELECOM)**, de conformidad con las consideraciones que anteceden.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones incoadas dentro del proceso de la referencia, según lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: SIN COSTAS por lo brevemente expuesto.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso,

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

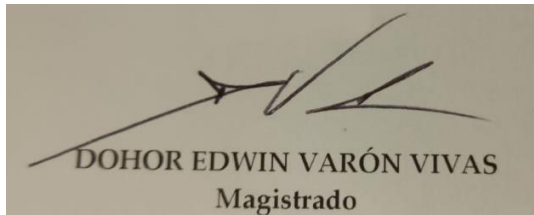
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 28 de octubre de 2021, conforme Acta nro.060 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico No. 197 del 02 de noviembre de 2021.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I. 359

Asunto:	Decreto de pruebas
Acción:	Validez de Acuerdo Municipal
Radicación:	17001-23-33-000-2021-00244-00
Accionante:	María Liliana López Palacio (Secretaria Jurídica del Departamento de Caldas)
Accionado:	Acuerdo Municipal 029 del 1° de septiembre de 2021, emanado del Concejo Municipal de Villamaría, Caldas

Manizales, veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Encontrándose el presente asunto en etapa de pruebas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 213 de la Ley 1437 de 2011, **DECRÉTASE** de oficio la práctica de la siguiente prueba:

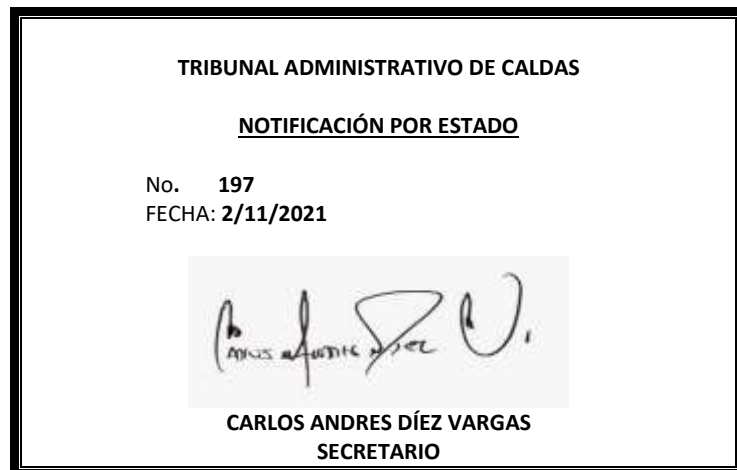
Por la Secretaría de este Tribunal, **OFÍCIESE** a Corpocaldas para que en un término no superior a cinco (5) días remita la siguiente información:

-Certificación en la que indique si el plano o mapa número 2 citado en el artículo 13 del Acuerdo 070 de 2007 (PBOT de Villamaría Caldas), concuerda de manera exacta con el polígono o área de la zona de expansión adoptado en el Acuerdo 029 de 2021, “Por medio del cual se aclara y adopta la precisión cartográfica del Decreto 117 de 2019 al Plan Básico de Ordenamiento Territorial adoptado por el Acuerdo 070 de 2007”, expedido por el Concejo Municipal de Villamaría, Caldas.

Para la práctica de la prueba documental, **REMÍTASE** el link del expediente de validez para que la autoridad ambiental pueda consultar el texto de la demanda y demás archivos que obran en el proceso.

Notifíquese y cúmplase

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



Firmado Por:

Augusto Ramon Chavez Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Oral 5
Tribunal Administrativo De Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **db250ecdc42e99eafad2b9e43f24d7d87cdbfeb0b9d7be2856713f61318f744a**
Documento generado en 29/10/2021 10:47:47 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

Manizales, veintiocho (28) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

RADICADO	17001-33-39-006-2019-00116-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	LUZ ELENA VÉLEZ VÉLEZ
ACCIONADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede la Sala Primera de Decisión el Tribunal Administrativo de Caldas, a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó pretensiones, proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el 27 de febrero de 2020.

PRETENSIONES

1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución nro. 10301-6 del 27 de diciembre de 2018, en lo que tiene que ver con la determinación de la cuantía de la mesada pensional reconocida a la demandante, que no incluyó todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios previo al cumplimiento del estatus pensional.
2. Declarar que la accionante tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague una pensión ordinaria de jubilación, a partir del 28 de octubre de 2018, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, horas extras y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el estatus jurídico de pensionada, que son los que constituyen la base de liquidación pensional.

A título de restablecimiento del derecho pidió:

1. Condenar a la entidad demandada a que reconozca y pague una pensión ordinaria de jubilación a partir del 28 de octubre, equivalente al 75% del promedio de los salarios

devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el estatus de pensionada, que son los que constituyen la base de liquidación.

2. Condenar a la accionada que en el caso concreto extienda el reconocimiento al pago de la prima de servicios y la bonificación pedagógica, los cuales no fueron tenidos en cuenta en la resolución que reconoció la pensión.

3. Ordenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que sobre el monto inicial de la pensión aplique los reajustes de la ley para cada año como lo ordena la Constitución Política y la ley.

4. Condenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a que realice el respectivo pago de las mesadas atrasadas desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado. Que el pago del incremento decretado se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.

5. Ordenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo, y demás emolumentos de conformidad con el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, tomando como base la variación del Índice de Precios al Consumidor.

6. Condenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla en su totalidad la condena, como lo dispone el inciso 3 del artículo 192 del CPACA.

7. Condenar en costas a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

8. Que de las sumas que resultaren a favor de la demandante, se descuente lo cancelado en virtud de la resolución que reconoció el derecho a la pensión de jubilación, proferida por la entidad demandada.

HECHOS

- La demandante laboró más de 20 años al servicio de la docencia oficial, por lo que al cumplir con los requisitos de ley le fue reconocida una pensión de jubilación por parte de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- El ingreso base de liquidación de la pensión incluyó la asignación básica, la prima de navidad, prima de vacaciones, prima de alimentación y la bonificación mensual, según Decreto nro. 1566 del 1° de junio de 2014; pero se omitió incluir la prima de servicios y la bonificación pedagógica percibidas por la actividad docente durante el último año de servicios anterior al cumplimiento del estatus jurídico de pensionada.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Artículo 15 de la Ley 91 de 1989; artículo 1° de la Ley 33 de 1985; Ley 62 de 1985 y Decreto Nacional 1045 de 1978.

Afirmó que la normativa en mención es clara en consagrar que a los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales vinculados al servicio público antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, para efectos pensionales, se les aplica la Ley 91 de 1989; y los vinculados con posterioridad a la Ley 812 de 2003, se rigen por la Ley 100 de 1993.

Que a la demandante le es aplicable la Ley 91 de 1989 así como las demás normas vigentes para ese momento como la Ley 33 de 1985, la cual dispone que la pensión de jubilación es equivalente al 75% del salario que sirvió de base para los aportes del último año de servicios, pudiendo incluir, según la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, todos los rubros percibidos a título de salario, posición que se confirmó en sentencia del 14 de agosto de 2009.

Manifestó que, por lo anterior, el acto administrativo demandado no se ajusta a derecho ya que desconoció por completo lo establecido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que a su vez remite a los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, normas que permiten incluir en el IBL todos los factores salariales percibidos en el último año de prestación de servicios, posición que se soporta también en el concepto de salario determinado en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo.

Precisó que en este caso es claro que la pensión de jubilación se liquidó de manera errada, y resaltó que de no haberse realizado los descuentos por concepto de primas y bonificaciones que percibió la demandante, debe ordenarse el mismo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio: en relación con los hechos adujo que unos eran ciertos; y de otros que eran apreciaciones de la parte demandante.

Sobre las pretensiones se opuso a la prosperidad de todas y cada una, al considerar que carecen de fundamento fáctico y jurídico para su prosperidad.

Tras hacer alusión al régimen de pensión de jubilación, especialmente a la transición establecida en la Ley 812 de 2003, y a las sentencias de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018 y 25 de abril de 2019, adujo que a los docentes vinculados antes de la norma mencionada se les debe aplicar para su reconocimiento pensional la Ley 33 de 1985, la cual ha sido interpretada en el sentido que en el IBL de la prestación solo pueden ser incluidos los factores establecidos en la Ley 62 de 1985 o sobre los cuales se hayan efectuado aportes o cotizaciones al sistema.

Que, por ello, la demandante no tiene derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión en el IBL de la totalidad de los factores salariales percibidos en el año de estatus, pues solo habrá lugar a incluir los enlistados en la Ley 62 de 1985, sin observar que alguno de ellos se haya dejado por fuera.

Propuso las excepciones de:

- **Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido:** la entidad liquidó la pensión de conformidad con las normas vigentes y aplicables al caso concreto, razón por la cual sus derechos laborales se encuentran debidamente satisfechos, y, en tal sentido, el acto administrativo no violó ninguna disposición incoada.

- **Genérica:** pidió que se declare probada cualquier excepción que se encuentre en el transcurso del proceso.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 27 de febrero de 2020, negó las pretensiones, tras plantearse como problema jurídico si la pensión de jubilación de la demandante debía ser reajustada con un IBL que incluyera todos los factores salariales percibidos en el año inmediatamente anterior a la adquisición del estatus de pensionada.

Tras relacionar el material probatorio, que incluyó revisar los factores salariales que fueron tenidos en cuenta en el cálculo del IBL y los percibidos en el año previo a la adquisición del estatus; realizar un recuento normativo en el que citó la Ley 91 de 1989 y la Ley 812 de 2003; y referenciar la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019; descendió al caso concreto, para indicar que la prima de servicios no podía ser incluida en la base de liquidación al no estar enlistada en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985. Y en relación con la bonificación pedagógica advirtió que, pese a que la norma que la creó indicó que era factor salarial para todos los efectos legales, la misma no fue percibida en el año de estatus.

Finalmente, condenó en costas a la parte actora.

Se plasmó en la parte resolutive:

PRIMERO: DECLÁRASE PROBADA la excepción de "inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido" formulada por la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

SEGUNDO: NIÉGANSE las pretensiones de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO formuladas por la señora LUZ ELENA VÉLEZ VÉLEZ en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NAICONAL DE PRSTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

TERCERO: CONDÉNASE EN COSTAS a la parte demandante y a favor de las demandadas, cuya liquidación se hará en la forma dispuesta en el artículo 366 del Código General del Proceso. FÍJASE por concepto de agencias en derecho, también a cargo de la parte actora y a favor de la accionada, la suma de cien mil pesos (\$100.000).

(...).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte demandante presentó recurso de apelación en forma oportuna mediante memorial que en el expediente escaneado se denomina "15RecursoApelacion".

Adujo que el fallo no realizó un análisis adecuado de las normas que regulan el tema y tampoco de la sentencia de unificación del 25 de abril de 2018 del Consejo de Estado, ya que la demandante se vinculó al magisterio con anterioridad al 26 de junio de 2003, por lo que su régimen pensional se rige por la Ley 91 de 1989, que a su vez remite a la Ley 33 de 1985 y la Ley 62 del mismo año.

Añadió que la bonificación pedagógica se considera factor salarial para todos los efectos legales, incluyendo la pensión de jubilación de los servidores públicos docentes, y la norma que la creó señaló que se cancelaba a partir del 2018, por lo que la misma debió ser incluida en la base de liquidación, pues se devengó en ese año mencionado.

En tal sentido, ese factor salarial cumple los requisitos establecidos en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, y al ser claro que la accionante devengó la bonificación en el año anterior a la adquisición del estatus, la pensión debe ser reajustada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: indicó que ratificaba los fundamentos de hecho y de derecho planteados en el recurso de apelación, en el sentido que la bonificación pedagógica debe ser incluida en el ingreso base de liquidación de la pensión, ya que ello no va en contravía de lo establecido en la Ley 33 de 1985 y la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019.

Parte demandada: no presentó alegatos de conclusión.

Ministerio Público: no presentó concepto de fondo.

CONSIDERACIONES

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado, y procederá en consecuencia a fallar de fondo la *litis*.

Problemas jurídicos

Antes de plantear los interrogantes que se absolverán en esta sentencia deberá destacar la Sala que, pese a que la sentencia de primera instancia negó pretensiones, en el recurso de apelación solo se plantearon argumentos en torno a incluir en el IBL de la pensión de la demandante la bonificación pedagógica, no el otro rubro que fue solicitado en la demanda, prima de servicios.

En atención a lo anterior, y al contenido del artículo 328 del CGP, el cual se aplica por remisión del 306 del CPACA, el problema jurídico a resolver será el siguiente:

- ¿Es procedente para el caso concreto, reliquidar la pensión de jubilación de la Luz Elena Vélez Vélez con inclusión en el IBL de la bonificación pedagógica que afirmó fue devengada en el año anterior al cumplimiento del estatus pensional?

Lo probado

➤ A través de Resolución nro. 10301-6 del 27 de diciembre de 2018 se reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a la demandante en cuantía de \$3.124.260 a partir del 29/10/2018, por haber adquirido el estatus el 28/10/2018. En la base de liquidación se tuvieron en cuenta los factores de sueldo mensual, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de alimentación y bonificación mensual (fols. 25 y 26 archivo demanda).

➤ Conforme al certificado de salarios visible a folio 27 del archivo denominado "002demanda", la señora Luz Elena Vélez Vélez devengó entre el 1° de enero del año 2017 y el 31 de diciembre de 2018, además de la asignación básica, prima de alimentación especial, prima de navidad, prima de servicios, bonificación mensual docente, bonificación pedagógica y prima de vacaciones docentes.

Régimen legal aplicable

Para determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes, debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003¹ que reguló dos eventos:

- i) El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, **que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley** al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.

- ii) Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley**, deben ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

El Acto Legislativo nro. 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el párrafo transitorio 1º lo siguiente:

***PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o.** El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.*

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, que unificó el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional.

Señaló a propósito, en su artículo 15, lo siguiente:

¹ “Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”.

ARTÍCULO 15. *A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990, será regido por las siguientes disposiciones:*

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones: [...]

B. Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional. [...] (Negrillas fuera de texto)

Para el caso concreto, aunque no se conoce la fecha de vinculación de la demandante, se consignó en el acto administrativo 10301-6 del 27 de diciembre de 2018 que se ha desempeñado como docente nacionalizada por más de 20 años, hecho que además se afirmó en la demanda y que no fue controvertido por la parte demandada de ninguna manera.

En este orden de ideas, si para el año 2018 tenía más de 20 años de servicios prestados, se infiere que su vinculación fue anterior a la Ley 812 de 2003, y por ello le es aplicable en materia pensional el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional, es decir, el previsto en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año.

Así lo precisó igualmente el Consejo de Estado en reciente sentencia de unificación del 25 de abril de 2019², en la que indicó que «El régimen pensional para los servidores públicos

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia de unificación del 25 de abril de 2019. Radicado número: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-2017).

del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados³, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985⁴»

El artículo 1º de la Ley 33 de 1985 dispuso: *«El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio».*

Ingreso base de liquidación pensional y factores salariales a reconocer

Como se indicó anteriormente, el literal b) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 dispuso que los docentes que cumplieran los requisitos de ley, tendrían derecho a una pensión de jubilación equivalente al 75% sobre el salario mensual promedio del último año de servicios. Los requisitos de ley en cuanto a edad y tiempo de servicios son los señalados en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

En lo que respecta al ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación y la manera de establecerlo, debe precisarse que a la parte demandante no le es aplicable la Ley 100 de 1993, ni el régimen de transición previsto en dicha normativa, en razón de la fecha de su vinculación al servicio docente y, por ende, no le es predicable la regla⁵ y primera subregla⁶ establecidas en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de

³ Cita de cita: Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.

⁴ Cita de cita: "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público".

⁵ De conformidad con la sentencia de unificación, la regla es la siguiente: "El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985" (negrilla es del texto).

⁶ Atendiendo lo indicado en la sentencia de unificación, la primera subregla es la siguiente:

"La primera subregla es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE."

agosto de 2018⁷, relacionadas con la interpretación adecuada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Por el contrario, tal como quedó expuesto en sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, *«La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985»*.

En punto a los factores salariales que deben tenerse en cuenta en la respectiva liquidación, el Consejo de Estado fijó la siguiente regla en la misma sentencia de unificación referida: *«En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo»*.

El artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, estableció la liquidación de las pensiones de jubilación de la siguiente manera:

Artículo 1º. *Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.*

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán

⁷ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia del 28 de agosto de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ).

sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes (subrayado fuera de texto).

Aplicación de la nueva jurisprudencia sobre los factores salariales a incluir en la liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes

En la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 ya citada, el Consejo de Estado precisó los efectos de la decisión con la cual se fijaron las reglas jurisprudenciales en materia de los factores que deben incluirse en la liquidación de la mesada pensional obtenida bajo la Ley 33 de 1985, específicamente para el caso de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003.

Indicó que el nuevo criterio señalado se aplicaría en forma retrospectiva, esto es, a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias, salvo aquellos en los que hubiere operado la cosa juzgada, que en virtud del principio de seguridad jurídica resultarían inmodificables.

Para resolver este caso, la Sala considera que debe acudir al precedente vigente sobre la materia, dado que el presente asunto se encuentra pendiente de decisión y no ha operado cosa juzgada.

Reconocimiento y liquidación de la pensión de jubilación de la parte demandante

Para el caso que convoca la atención de esta Sala, se observa que a la señora Vélez Vélez le reconocieron pensión de jubilación en cuya liquidación se incluyeron el sueldo mensual, la prima de navidad, la prima de vacaciones, la prima de alimentación y la bonificación mensual, según la Resolución 10301-6 del 27 de diciembre de 2018.

En la demanda promovida la parte actora reprocha que se hubieran omitido incluir en el IBL la prima de servicios y la bonificación pedagógica devengada en el año de estatus; pero en el recurso de apelación solo insistió en la no inclusión de la bonificación pedagógica, al afirmar que el Decreto 2354 de 2018 creó este rubro con el carácter de salarial para todos los efectos legales, incluyendo la pensión de jubilación, y que la misma fue devengada en el año 2018, que es el de estatus.

Conforme a la regla fijada por el Consejo de Estado en materia de ingreso base de liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes vinculados antes de la Ley 812

de 2003, los factores que deben tenerse en cuenta son solo aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, esto es, únicamente los señalados expresamente en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, entre los que no se encuentra la bonificación pedagógica.

Sin embargo, el Decreto 2354 de 2018, por el cual se creó el factor salarial mencionado para los docentes y directivos docentes de las plantas de personal de docentes oficiales de las entidades territoriales certificadas en educación, señaló lo siguiente:

ARTÍCULO 2. Creación de la bonificación pedagógica. Créase la Bonificación Pedagógica para los docentes y directivos docentes de las plantas de personal de docentes oficiales de las entidades territoriales certificadas en educación, la cual será cancelada a partir del año 2018 en los términos que a continuación se señalan:

1. En el año 2018, los docentes y directivos docentes percibirán por concepto de Bonificación Pedagógica un valor equivalente al 6% de la asignación básica mensual del cargo que vienen desempeñando al momento de su causación.

2. En el año 2019, los docentes y directivos docentes percibirán por concepto de Bonificación Pedagógica un valor equivalente al 11 % de la asignación básica mensual del cargo que vienen desempeñando al momento de su causación.

3. A partir del año 2020 y en adelante, los docentes y directivos docentes percibirán por concepto de Bonificación Pedagógica un valor equivalente al 15% de la asignación básica mensual del cargo que vienen desempeñando al momento de su causación.

ARTÍCULO 3. Criterios para liquidar y reconocer la bonificación pedagógica. Para liquidar y reconocer la Bonificación Pedagógica, de que trata el artículo anterior se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

1. La Bonificación Pedagógica se pagará una sola vez al año, en los porcentajes del presente decreto.

2. La Bonificación Pedagógica se reconocerá y pagará cuando el docente y directivo docente cumpla un año continuo de servicios efectivamente prestado.

3. La Bonificación Pedagógica se liquidará sobre la asignación básica mensual que el docente y directivo docente esté devengando para la fecha de causación de la Bonificación.

4. La Bonificación Pedagógica constituye factor salarial para todos los efectos legales.

5. La Bonificación Pedagógica no tendrá efectos retroactivos por ninguna consideración.

PARÁGRAFO 1. El primer pago de la Bonificación Pedagógica se realizará en el mes de diciembre de 2018 en los términos señalados en el numeral 1 del artículo 2 del presente decreto a los docentes y directivos docentes que hayan laborado un (1) año continuo de servicios efectivamente prestado (Subrayado fuera de texto).

Al revisar esta norma del año 2018 se llega a la conclusión, como lo hizo la *a quo*, que aunque en ella se estableció que la bonificación pedagógica constituía factor salarial para todos los efectos legales, también se determinó que sería cancelada una sola vez al año; cuando se hubiera laborado un año continuo de servicios; y que el primer pago se haría en diciembre de 2018.

Ello significa que para tener derecho a esa bonificación se debieron prestar los servicios durante todo el año 2018, ya que diciembre se determinó como el momento de su causación; sin que la norma consignara que se podía pagar de manera proporcional, ni retroactivamente.

Cuando se revisa la fecha de adquisición del estatus de pensionada de la demandante, se encuentra que la resolución que reconoció la pensión consignó que lo fue el 28 de octubre de 2018, data para la cual esta bonificación pedagógica no solo no había sido creada, sino que al tenor de los supuestos fácticos que se requieren para recibirla no había sido causada, ya que la demandante no había laborado todo el 2018, solo hasta octubre; cosa diferente es que por haber continuado prestando sus servicios tuviera derecho a ella al finalizar el año.

Sumado a que el año de estatus en este caso iría del 27 de octubre de 2017 al 28 de octubre de 2018, época en el cual era fácticamente imposible que hubiera percibido este factor salarial, pues el mismo ni siquiera había sido creado, ya que la norma es del mes de diciembre de 2018.

Ahora, pese a que la bonificación pedagógica aparece reportada en el certificado de factores salariales del año 2018 que fue aportado con la demanda, ello se debe a que el mismo da cuenta de lo percibido entre el 1° de enero al 31 de diciembre de 2018, es decir, no es un certificado mes a mes, sino anual; y según la norma que creó la bonificación, ella se causó en ese diciembre, por lo que es esa la razón por la que está consignado en este documento, más no porque haya sido percibida en el año de estatus.

Así las cosas, se comparte la decisión de primera instancia, en el sentido que la demandante no tiene derecho a que se le incluya en el IBL de la pensión la bonificación pedagógica pues no era un factor percibido dentro del año anterior a la adquisición del estatus.

Debe aclarar la Sala que pese a que en la Resolución nro. 10301-6 del 27 de diciembre de 2018 se tuvieron en cuenta factores que no están incluidos en la Ley 62 de 1985, dicho acto de reconocimiento pensional no puede modificarse en ese aspecto, pues este juez no tiene competencia, ya que la demanda solo pretende la nulidad por no incluir otros factores salariales.

Llegar a una conclusión diferente implicaría vulnerar el principio de congruencia externa, y como lo sostuvo el Consejo de Estado⁸ no sólo desbordar el objeto del litigio fijado, sino que afectaría principios y derechos constitucionales como el debido proceso, la confianza legítima y la tutela efectiva de los derechos que pretende quien impugna una decisión administrativa a través de este medio de control.

Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a que su pensión de jubilación se reliquide incluyendo la bonificación pedagógica

Costas

En el presente asunto de conformidad con el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se condenará en costas en esta instancia, ya que no hubo actuación de ningún tipo por parte de la entidad demandada, Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ante esta corporación.

En mérito de lo expuesto, **LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

⁸ Así lo precisó en la sentencia de unificación del 29 del 25 de abril de 2019 ya citada.

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 27 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora **LUZ ELENA VÉLEZ VÉLEZ** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, según lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS EN ESTA INSTANCIA, por lo brevemente expuesto.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático "*Justicia Siglo XXI*".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

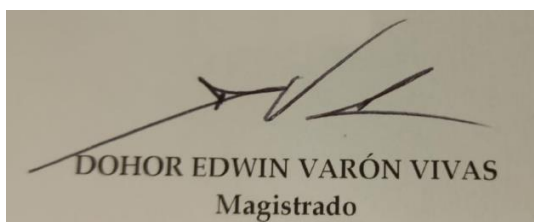
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 28 de octubre de 2021 conforme Acta nro. 060 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico No. 197 del 02 de noviembre de 2021.